
Pagar a conta da cidade

Autor(es): Silva, Suzana Tavares da; Oliveira, Fernanda Paula

Publicado por: Imprensa da Universidade de Coimbra

URL persistente: URI:<http://hdl.handle.net/10316.2/42481>

DOI: DOI:<https://doi.org/10.14195/978-989-26-1415>

Accessed : 6-May-2023 02:29:16

A navegação consulta e descarregamento dos títulos inseridos nas Bibliotecas Digitais UC Digitalis, UC Pombalina e UC Impactum, pressupõem a aceitação plena e sem reservas dos Termos e Condições de Uso destas Bibliotecas Digitais, disponíveis em <https://digitalis.uc.pt/pt-pt/termos>.

Conforme exposto nos referidos Termos e Condições de Uso, o descarregamento de títulos de acesso restrito requer uma licença válida de autorização devendo o utilizador aceder ao(s) documento(s) a partir de um endereço de IP da instituição detentora da supramencionada licença.

Ao utilizador é apenas permitido o descarregamento para uso pessoal, pelo que o emprego do(s) título(s) descarregado(s) para outro fim, designadamente comercial, carece de autorização do respetivo autor ou editor da obra.

Na medida em que todas as obras da UC Digitalis se encontram protegidas pelo Código do Direito de Autor e Direitos Conexos e demais legislação aplicável, toda a cópia, parcial ou total, deste documento, nos casos em que é legalmente admitida, deverá conter ou fazer-se acompanhar por este aviso.

Imprensa da Universidade de Coimbra
Coimbra University Press



PAGAR A CONTA DA CIDADE

Coordenação:
Suzana Tavares da Silva
Fernanda Paula Oliveira

EDIÇÃO

Imprensa da Universidade de Coimbra

Email: imprensa@uc.pt

URL: http://www.uc.pt/imprensa_uc

Vendas online: <http://livrariadaimprensa.uc.pt>

COORDENAÇÃO EDITORIAL

Instituto Jurídico da
Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra

CONCEPÇÃO GRÁFICA

Ana Paula Silva

PRINT BY

CreateSpace

ISBN

978-989-26-1414-4

ISBN DIGITAL

978-989-26-1415-1

DOI

<https://doi.org/10.14195/978-989-26-1415>

DEPÓSITO LEGAL

365887/13

© JULHO 2017

IMPRESA DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA

PAGAR A CONTA DA CIDADE

COORDENAÇÃO

Suzana Tavares da Silva

Fernanda Paula Oliveira

(Página deixada propositadamente em branco)

Nota de apresentação

A actual crise económico-financeira pareceu-nos um pretexto fundamental para discutir os custos da cidade e da vida na cidade, bem como a melhor forma de os repartir entre todos.

Quando as palavras de ordem são *racionalizar* prestações, tomar decisões *eficientes* de gestão e reduzir custos, importa saber, antes de mais, quais as tarefas de que cada nível de Administração há-de ficar incumbido e quais os instrumentos de que pode dispor para o respectivo financiamento.

Sabemos que os custos da construção da cidade há tempo que se movem em terreno privado, sob regimes que definem o uso do solo ao abrigo de uma concepção de função social da propriedade e com instrumentos próprios de garantia da igualdade perante os encargos públicos, a que acrescem as normas de gestão urbanística e de urbanização e edificação, que deixam a cargo dos privados boa parte da construção da cidade. É neste contexto que urge discutir não só a natureza jurídica das *contribuições especiais*, das *compensações* e das *taxas de realização, reforço e manutenção de infra-estruturas urbanísticas*, mas também a necessidade de promover uma *gestão racional e sustentável* da cidade a partir da *programação municipal* das actividades privadas.

A isto soma-se hoje um contexto confuso e desordenado em matéria de *titularidade de serviços*, *gestão de serviços* e *prestação de serviços públicos* onde é preciso esclarecer a função do imposto, das demais contribuições financeiras a favor de entidades públicas, das taxas e dos preços, bem como da

adequação do financiamento em situações de *competências partilhadas* entre autarquias locais e Estado, ou mesmo os limites que decorrem da autonomia do poder local no momento da regulação estadual de aspectos financeiros dos serviços públicos essenciais em áreas como os *serviços de rede* e os *transportes*.

A “*reinvenção*” dos instrumentos financeiros está bem presente na reabilitação urbana, onde devemos questionar se este é ou não um momento-chave para a concretização prática do princípio da *sustentabilidade intergeracional*.

Por último, a competitividade da economia impõe metas exigentes em matéria de *desburocratização e simplificação de procedimentos*, mas não significa, nem pode significar, no Estado garantidor, uma redução do nível de fiscalização e supervisão da qualidade, o que explica a “*reinvenção*” do financiamento associado a autorizações e licenças.

O *wokshop*, de cujos trabalhos se dá conta nesta publicação, permitiu-nos discutir ideias e propostas de modificação de alguns regimes jurídicos, bem como levar a efeito um *benchmark* importante a partir da apresentação de exemplos concretos no financiamento de grandes cidades da América Latina, em especial de Santiago do Chile. Acreditamos, por isso, que esta publicação, ao compilar as principais ideias do que se discutiu na nossa Escola, no dia 14 de Fevereiro de 2013, com muitos dos profissionais que, dia-a-dia, são confrontados com os problemas concretos, será uma mais-valia para todos.

Coimbra, julho de 2013

Suzana Tavares da Silva

Fernanda Paula Oliveira

Comunicações

(Página deixada propositadamente em branco)

Pagar os custos da Urbanização e Edificação

Fernanda Paula Oliveira

Professora da FDUC

1. O modelo tradicional de gestão urbanística e o financiamento da urbanização e edificação; 1.1. Considerações introdutórias; 1.2. Taxas urbanísticas; 1.3. Cedências e compensações (artigos 43.º e 44.º do RJUE); 2. As consequências do modelo tradicional de gestão urbanística e a sua superação: o financiamento da urbanização e edificação num novo modelo; 3. Alguns tópicos para se “fazer cidade” de um modo economicamente sustentável; 4. Nota conclusiva.

1. O modelo tradicional de gestão urbanística e o financiamento da urbanização e edificação

9

1.1. Considerações introdutórias

Num momento em que praticamente todo o território nacional se encontra abrangido pelos mais diversos instrumentos

de gestão territorial, em especial por planos municipais de ordenamento do território, falar em *gestão urbanística* — onde se integram os atos e os procedimentos tendentes à concretização das operações urbanização e edificação — significa falar na *execução de planos municipais*, nas mais variadas dimensões em que esta tarefa se traduz (execução material e execução jurídica *rectius* perequação). Não se pode, pois, falar já, atualmente, de uma gestão urbanística sem planos, mas de uma gestão urbanística assente em instrumentos de planeamento.¹

A gestão urbanística que foi (e vem ainda sendo) levada a cabo pelos municípios nos últimos anos com base nos planos diretores municipais tem-se traduzido numa gestão urbanística de mera *verificação de conformidades*, isto é, uma gestão urbanística em que a Administração municipal, tendo definido as regras de ocupação do território, se limita a aguardar as iniciativas privadas, apreciando os respetivos projetos e licenciando-os desde que não contrariem os planos. O que significa que os *timings* para intervir no território são definidos pelos promotores e não pela Administração municipal.

Está aqui em causa uma lógica de intervenção municipal “*a reboque*” de iniciativas privadas: situação típica em que os interessados, designadamente proprietários dos solos, apresentam ao órgãos municipal, para apreciação e controlo prévios, projetos para a realização das mais variadas operações urbanísticas de urbanização e edificação (loteamentos urbanos, obras de urbanização, obras de edificação, etc.), procedendo a Administração municipal à emissão dos correspondentes *atos de controlo preventivo e fiscalizando*, posteriormente, a sua concretização.

10 ¹ Nesta perspetiva, existe uma estrita relação entre a *elaboração* e a *execução dos planos municipais*, entre *planeamento* e *gestão urbanística*, fazendo ambos parte de uma mesma realidade *iterativa*. Em causa está a perspetivação do planeamento como um *processo contínuo* que abrange não apenas o momento da sua *elaboração*, mas também o da respetiva *concretização*, a qual se apresenta como o fim último do plano, já que este apenas tem a sua razão de ser se for para ser executado. Acrescem, a estes dois momentos, os da *avaliação* e *monitorização*, indispensáveis à plena eficácia deste processo.

Como é sabido, os mais relevantes atos que se reconduzem a este tipo de gestão (atos administrativos de gestão urbanística) são os que se encontram regulados no Regime Jurídico da Urbanização e Edificação (RJUE)² – licenciamentos, admissões de comunicações prévias, autorizações, atos de tutela de legalidade, etc.

É efetivamente ao abrigo deste regime que se tem vindo a concretizar a urbanização e a edificação do território. E se, na sua lógica, a ocupação urbanística (urbanização e edificação) é concretizada através de iniciativas privadas (limitando-se o município a controla-las), é natural que dele decorra uma imputação dos seus custos aos respetivos promotores, os quais são assumidos por estes como encargos decorrentes do processo de urbanização e edificação.

Vejamos, quais os mais relevantes.

1.2. Taxas urbanísticas

De entre as receitas de que dispõem os municípios, nos termos da Lei das Finanças Locais (Lei n.º 2/2007, 15 de janeiro), adquirem particular importância as que lhes advêm do produto da cobrança das taxas, sendo de referir que muitas delas se encontram relacionadas com o fenómeno urbanístico.

Por sua vez, o artigo 6.º, da Lei n.º 53-E/2006, sob a epígrafe “Incidência objetiva”, dispõe que “*as taxas municipais incidem sobre utilidades prestadas aos particulares ou geradas pela atividade dos municípios, designadamente: a) Pela realização, manutenção e reforço de infraestruturas primárias e secundárias; b) Pela concessão de licenças, prática de atos administrativos e satisfação administrativa de outras pretensões de carácter particular; (...)*”.

Esta norma tem concretização no RJUE no seu artigo 116.º

² Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de dezembro, e alterado sucessivamente pelo Decreto-Lei n.º 177/2001, de 4 de junho, pela Lei n.º 15/2002, de 22 de fevereiro, pela Lei n.º 60/2007, de 4 de setembro, pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, pelo Decreto-Lei n.º 116/2008, de 4 de julho, pelo Decreto-Lei n.º 26/2010, de 30 de março e pela Lei n.º 28/2010, de 2 de setembro.

nos termos do qual são dois os tipos de taxas que se encontram diretamente relacionadas com o fenómeno urbanístico: a *taxa pela emissão da licença* e a *taxa pela realização, manutenção e reforço das infraestruturas urbanísticas* (vulgo, “taxa de urbanização”).

A primeira tem como contrapartida a *remoção de um limite legal ao exercício de um “direito”* (o limite imposto por lei à liberdade de edificação – abrangendo a liberdade de urbanização e de divisão fundiária do solo) e a *prestação de um serviço* por parte da Administração local que corresponde à apreciação dos projetos e à emissão das respetivas licenças e alvarás. A taxa é, pois, nesta última vertente, a contrapartida do serviço burocrático prestado aos particulares pelos órgãos municipais.

A segunda visa servir de contrapartida à atividade do ente público de *criação* de infraestruturas em falta ou do seu *reforço*, ou ainda da mera *manutenção* das mesmas, quando estas já existam, necessidades estas feitas sentir pela realização da operação urbanística que justifica o seu pagamento. A atual admissibilidade de cobrança desta taxa pela simples *manutenção* de infraestruturas urbanísticas justifica que a mesma seja exigível, mesmo que o município não tenha de realizar ou sequer reforçar quaisquer infraestruturas por motivo da operação a realizar pelo promotor. Com efeito, implicando, em regra, a realização de uma operação urbanística, um acréscimo de utilização das infraestruturas já existentes, esta taxa será igualmente cobrada quando aquele acréscimo de utilização determinar a necessidade de o município realizar obras da sua *manutenção*, existindo assim uma contrapartida justificativa da cobrança desta taxa. De qualquer das formas, é importante que os regulamentos de taxas individualizem os fatores específicos aplicáveis à manutenção das infraestruturas, para evitar uma aplicação em bloco da taxa de urbanização.

b) Estando, como estamos, em qualquer um destes casos, perante verdadeiras *taxas*, as mesmas devem conter as características típicas que lhes são assinaladas, em especial aquela que é essencial à sua definição e que corresponde ao carácter *bilateral* ou, como alguns preferem, *sinalgmató* das mesmas.

Tal significa que o pagamento da taxa implica, por parte do seu sujeito ativo (quem a recebe), a realização de uma contraprestação real específica (*individualizável*) em favor do sujeito passivo (quem paga a taxa), sendo uma a contraprestação da outra.

Quer a taxa se caracterize pela existência de um *nexo de sinalagmaticidade* entre a prestação do obrigado tributário e a contraprestação da autoridade pública, quer pela existência de uma *relação de bilateralidade* entre elas, o que nunca pode deixar de existir é, nas palavras de Benjamin RODRIGUES, “... *um nexo de correspectividade material entre a prestação do contribuinte e o bem público prestado pela autoridade pública como patente, objetiva e subjetivamente (à luz do contribuinte médio), para satisfazer individualizadamente a necessidade do obrigado tributário*”. Esta sinalagmaticidade não significa, contudo, uma *equivalência económica entre a prestação administrativa e a taxa que o particular paga*.³

De facto, ao conceito de sinalagma importa uma *reciprocidade* e não necessariamente uma *equivalência económica*. O que é fundamental é que existam *prestações recíprocas*: se uma não for cumprida, o devedor da outra pode recusar o seu cumprimento ou exigir a devolução do que houver cumprido, se o tiver feito antes de verificado o incumprimento da outra parte.

A doutrina que se tem vindo a consolidar afirma igualmente que a contraprestação não tem de ser economicamente equivalente à taxa, mas à equivalência jurídica entre a taxa e a sua contraprestação deve andar associada uma ideia de proporção: uma taxa de montante excessivo deve ser, por esse facto, considerada imposto.

Note-se que a contrapartida pela qual se paga a taxa *pode ser futura*, o que significa que nada obriga à existência de uma relação de imediação temporal entre a contraprestação consubstan-

³ Benjamin RODRIGUES, “Para uma Reforma do Sistema Financeiro e Fiscal do Urbanismo em Portugal”, in *Atas do I.º Colóquio Internacional – O Sistema Financeiro e Fiscal do Urbanismo*, (CEDOUA, FDUC, APDU), Coimbra, Almedina, 2002

ciante da necessidade do contribuinte e o pagamento da taxa. No entanto, como afirma Benjamim RODRIGUES, “... *ponto indispensável é que o contribuinte goze da possibilidade efetiva de aceder ao consumo do bem consubstanciado na contraprestação da autoridade pública dentro de um espaço temporal em que é razoável, sob o ponto de vista da normal expectativa humana, haver ainda uma necessidade em satisfazer a causa da taxa ...*”.

No entender deste autor, a possibilidade de utilização há de configurar-se como *uma real possibilidade de acontecer*, qualquer que seja o seu tipo, voluntária, obrigatória, dependente de pedido ou independente dele. Para que possamos falar de taxa e de contraprestação, é necessário que a possibilidade desta apareça para o obrigado como *uma possibilidade concretizável em certo tempo e espaço histórico* e não simplesmente como um evento que possa vir a acontecer no futuro. Só neste sentido se pode falar de que a contraprestação da autoridade pública pode consubstanciar-se na prestação de bens futuros.

Deste modo, se “...*entre a utilidade individualizada a que tende a prestação dos bens públicos e o pagamento da taxa deixar de existir essa relação de intensidade quanto à possibilidade de fruição desses bens em termos dos mesmos poderem dar satisfação às necessidades individuais que não se prefiguram por antecipação, não será legítimo falar na figura da taxa*”.

É, precisamente, para garantir a existência de uma contrapartida que permita a caracterização deste tributo como uma verdadeira taxa que o n.º 5 do artigo 116.º do RJUE obriga a que os projetos de regulamento municipal a ela relativos sejam acompanhados da fundamentação do respetivo cálculo previstas, tendo em conta, designadamente, o programa plurianual de investimentos municipais na execução, manutenção e reforço das infraestruturas gerais, que pode ser definido por áreas geográficas diferenciadas, admitindo-se, ainda, a diferenciação das taxas aplicáveis em função dos usos e tipologias das edificações e, eventualmente, da respetiva localização e correspondentes infraestruturas locais (nesta última vertente a taxa pode ter uma função perequa-

tiva dos benefícios criados pelos planos). É assim fundamental que o município esclareça devidamente o *que é que se paga* com a taxa de urbanização e o *porquê do montante a pagar*.

Esta obrigação de fundamentação do cálculo das taxas tem particular importância, visto que, existindo uma prestação privada e uma prestação pública que têm cariz económico, o legislador parece ter entendido que a ideia de *proporcionalidade* entre aquelas prestações não se pode aferir se não se tomar por base o conhecimento, pelo menos aproximado, dos custos dos bens semi-públicos por meio dos quais se satisfazem as necessidades particulares. Assim, e de forma a poder aferir-se da *proporcionalidade* entre as prestações em causa na taxa, veio o legislador exigir uma prévia definição do referente económico-jurídico do montante das taxas, através do dever de fundamentação do seu cálculo.

E tal fundamentação terá de ter em conta, entre outros aspetos, o *programa plurianual de investimentos municipais* na execução, manutenção e reforço das infraestruturas gerais [alínea a) do n.º 5 do artigo 116.º do RJUE].

Isto significa que a lei passou a impor a demonstração da existência dos custos programados como necessários a um reforço das infraestruturas. Passa, assim, a taxa de urbanização a só poder ser exigida pela criação, reforço e manutenção de infraestruturas cujos correspondentes custos são efetivamente assegurados pelo município ou estão já *programados e assumidos a curto prazo*.

As referidas exigências de *fundamentação* do cálculo da taxa e de *demonstração* da existência dos custos programados como necessários para a realização das referidas infraestruturas são, pois, *novas exigências de legalidade* dos atuais regulamentos relativos a estas taxas. Assim, com as atuais exigências legais, o município só poderá cobrar a taxa de urbanização, quando estas estejam já *assumidas, previstas e programadas*.

De tudo o que vem de ser exposto podemos concluir que, atualmente, a taxa pela realização de infraestruturas urbanísticas apenas pode ser cobrada relativamente àquelas operações que,

devido à sua natureza, impliquem um acréscimo com os encargos públicos de realização, reforço e manutenção das infraestruturas, devendo ter por base o investimento municipal na realização destas.⁴ Tal taxa variará *proporcionalmente* ao investimento municipal que a operação urbanística em causa tenha implicado ou venha a implicar.

O critério da fixação do respetivo montante deve ser o do custo das infraestruturas a realizar. Para além disso, a fórmula de cálculo da taxa pode ainda assentar em vários coeficientes, de entre os quais destacamos, porque expressamente referidos na lei: os que traduzam a influência dos usos e tipologias das edificações; os que expressem a influência da localização das edificações; e ainda os que tenham em consideração as infraestruturas locais existentes, tendo em conta o programa plurianual de investimentos municipais.

c) Também o Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial (RJIGT)⁵ fornece algumas pistas que permitem compreender melhor a taxa de urbanização. Assim, o artigo 118.º deste diploma legal, relativo à execução dos planos municipais, determina a necessidade de se coordenar a atuação do município (como entidade responsável, em primeira linha, por aquela execução) com a atuação dos particulares (n.º 1), consagrando expressamente o dever de participação (comparticipação) dos particulares, quer no que concerne à execução propriamente dita (no sentido de cumprirem o que se encontra estipulado nos planos),

⁴ Julgamos por isso injustificada a cobrança desta taxa nas situações em que excecionalmente se admite edificação nos solos rurais: não obstante esta possibilidade, precisamente porque os solos rurais não se destinam aos processos urbanos, neles não pode estar prevista, muito menos programada, a realização de infraestruturas gerais.

⁵ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 380/99, de 22 de setembro e alterado pelos Decretos-Lei n.ºs 53/2000, de 7 de abril, e 310/2003, de 10 de dezembro, pela Lei n.º 58/2005, de 29 de dezembro, pela Lei n.º 56/2007, de 31 de agosto, pelo Decreto-Lei n.º 316/2007, de 19 de setembro, pela Declaração de Retificação n.º 104/2007, de 6 de novembro, pelo Decreto-Lei n.º 46/2009, de 20 de fevereiro, pelo Decreto-Lei n.º 181/2009, de 7 de agosto e pelo artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 2/2011, de 6 de janeiro.

quer no que concerne ao financiamento da execução (devendo os mesmos compartilhar, designadamente no financiamento da execução dos sistemas gerais das infraestruturas e equipamentos públicos municipais e intermunicipais) – cfr. o n.º 3 do artigo 118.º. Concretizando este dever de comparticipação no financiamento da urbanização, o artigo 142.º do RJIGT determina que os critérios a ter em conta na *repartição dos seus custos* serão, isolada ou conjuntamente, o tipo ou intensidade de aproveitamento urbanístico determinado pelas disposições do plano e a superfície do lote ou parcela. O pagamento destes custos não tem necessariamente de ser feito em dinheiro, podendo, mediante acordo com os proprietários interessados, ser concretizado através da cedência ao município, livre de ónus ou encargos, dos lotes ou parcelas com capacidade *aedificandi* de valor equivalente.

d) Uma leitura atenta de todos estes dispositivos permite-nos chegar a várias conclusões de relevo em matéria de *taxa de urbanização*.

Assim, partindo do RJUE, dele decorre claramente que o objetivo principal ou imediato da taxa de urbanização é a *compensação aos municípios pelos gastos feitos com a execução, reforço e manutenção deste tipo de infraestruturas* (arruamentos, redes de abastecimento de água, gás e eletricidade, redes de drenagem de esgotos, etc.). Este diploma assenta, pois, no princípio de que esta taxa não é determinada em função do aumento do valor ocorrido nos imóveis, especialmente nos terrenos, em consequência da realização das infraestruturas urbanísticas, mas em função do seu *custo*. Aquela não é guiada pelo princípio da *recuperação do valor ou do benefício ocasionado pelas operações urbanísticas*, mas pelo princípio da *cobertura dos custos* das mesmas.

Não obstante isto, a regra prevista no artigo 142.º assenta na ideia de que o custo das infraestruturas terá de ser repartido pelos proprietários de acordo com as vantagens ou benefícios obtidos com as obras de urbanização, o que faz com que esta taxa esteja consagrada como um mecanismo que contribui, ainda que indiretamente, para uma recuperação, mesmo que parcial, pela

comunidade municipal das mais valias provenientes das obras de urbanização realizadas pelos municípios nos prédios. E como estas são levadas a cabo em obediência às disposições dos planos, há também uma relação entre a taxa cobrada e as vantagens obtidas pelos proprietários com os instrumentos de planeamento.

Para confirmar esta conceção da taxa de urbanização como um mecanismo de perequação de benefícios e encargos decorrentes dos planos, basta atender à inserção sistemática do artigo 142.º no RJGT, ou seja, na Subsecção dedicada aos mecanismos de perequação compensatória exemplificativamente aí previstos.

Para além do mais, a própria alínea b) do n.º 5 do artigo 116.º do RJUE afirma claramente que o montante da taxa pela realização de infraestruturas urbanísticas pode ser diferenciado em função dos usos e tipologias das edificações e, eventualmente, da respetiva localização e correspondentes infraestruturas locais, donde resulta que a taxa, embora tenha a ver diretamente com o impacto, em termos de sobrecarga, que as novas ocupações dos solos vão ter nas infraestruturas existentes, tem também um objetivo de perequação dos benefícios e encargos decorrentes dos planos.

Podemos, pois, concluir, tendo em conta a legislação em vigor que, embora a função direta da taxa de urbanização seja a de compensar os municípios pelos custos decorrentes da sua realização, manutenção e reforço — não sendo, por isso, orientada diretamente pelo princípio da recuperação do benefício, ganho ou mais valia resultante do plano, mas pelo princípio da cobertura do custo —, pode a mesma igualmente contribuir, se bem que apenas indiretamente, para a atenuação ou redução das desigualdades de tratamento decorrentes dos planos.

18 Refira-se, porém, que a determinação do valor da taxa a pagar, ainda que tenha (deva ter) como referência a cobertura do custo, é uma decisão essencialmente política, que deverá assentar em análise financeira e urbanística. Uma coisa é certa, na maior parte dos municípios o valor das taxas, ainda que se considere muitas vezes (essa é, quase sempre, a perceção dos promotores)

muito elevada, está fixada muito abaixo do respetivo custo (da sua realização, reforço ou manutenção): a determinação do seu montante pelo valor efetivo do respetivo custo tornaria esta taxa tão elevada que seria desincentivadora dos processos de urbanização e edificação.

Por isso, e como referimos, a questão de saber *quem e em que percentagem* deverá suportar os custos da infraestrutura geral — promotores, proprietários, utilizadores e/ou contribuintes em geral? — é uma decisão política.⁶

1.3. Cedências e compensações (artigos 43.º e 44.º do RJUE)

a) Outro dos encargos que deve ser suportado pelos promotores no âmbito dos processos de urbanização e edificação são os previstos nos artigos 43.º e 44.º do RJUE que regulam as *cedências e compensações*. Estes artigos, ainda que se encontrem sistematicamente inseridos na parte deste diploma referente às *operações de loteamento urbano*, viram a sua aplicação ser estendida, embora de forma diferenciada, às *operações com impacte semelhante a um loteamento* (por força do artigo 57.º, n.º 5 do RJUE) e às que têm um *impacte urbanístico relevante* (por determinação do n.º 5 do artigo 44.º).

Este alargamento do âmbito de aplicação das cedências e compensações corresponde a uma tentativa de unificação do regime dos encargos das operações urbanísticas, o qual não deve ser desenhado, como tradicionalmente, em função do tipo de operação em causa (loteamento urbano ou outra), mas sobretudo e principalmente em função da carga que a operação gera no território.

É certo que inicialmente era esse também o critério: a exigência de cumprimento de maiores encargos nos loteamentos urbanos tinha como pressuposto o maior peso (ou a maior carga)

⁶ Sobre esta problemática cfr. Catherine BERSANI, et. al., *Qui Doit Payer la Ville*, ADEF, Paris, (1996).

destes sobre território, precisamente porque, permitindo a divisão fundiária para efeitos de construção, implicavam necessariamente uma maior ocupação territorial que as restantes operações (como a edificação isolada). A realidade veio, contudo a demonstrar o contrário — como sucedeu, apenas a título de exemplo, com as propriedades horizontais sobre conjuntos imobiliários que, apresentando-se como operações com uma carga em tudo equivalente a um loteamento urbano, eram, antes do alargamento do respetivo regime, tratadas, do ponto de vista urbanístico, como obras de edificação, o que não garantia um tratamento adequado dos impactes destas operações no território.

b) O que dispõe o artigo 43.º do RJUE, com relevo para as operações a que aqui nos referimos, é que os projetos a elas relativos devem prever áreas destinadas a usos coletivos — áreas para espaços verdes e de utilização coletiva, infraestruturas e equipamentos —, correspondendo a uma das exigências essenciais para a obtenção de um adequado ordenamento do território, em especial na sua vertente de racionalização da ocupação da *urbe* e de um “ambiente urbano” apropriado.

A definição dos parâmetros de dimensionamento das parcelas a afetar a cada uma destas finalidades cabe, nos termos do n.º 2 do artigo 43.º, aos planos municipais de ordenamento do território.

Por sua vez, e como se pode concluir de uma leitura atenta do expressamente disposto no n.º 3 do artigo 43.º, as áreas a afetar a espaços verdes e de utilização coletiva, infraestruturas e equipamentos não têm necessariamente de ser cedidas e integrar sempre o domínio municipal. Com efeito, admite-se o estabelecimento (ou mesmo a imposição) por plano de espaços verdes e de utilização coletiva, infraestruturas e equipamentos privados, salvaguardado o respeito pelo princípio da igualdade.

De facto, a formulação do n.º 3 é inequívoca no sentido de distinguir as áreas *afetas às finalidades* indicadas neste artigo (e respetivos parâmetros de dimensionamento), das áreas para *cedência ao município* previstas no artigo subsequente, admitindo

que as primeiras integrem quer as parcelas de natureza privada a afetar àqueles fins, quer as parcelas a ceder ao município.

O artigo 43.º apenas exige que as operações de loteamento (e outras equivalentes) devem prever parcelas de terrenos a estas finalidades, independentemente de as mesmas se manterem propriedade privada ou passarem a integrar o domínio municipal.

Tal significa que as parcelas que, nos termos do artigo 43.º, devam ser destinadas para determinados usos coletivos podem assumir um dos seguintes estatutos:

- i. Domínio público municipal, se se tratar de área para espaços verdes públicos (isto é, destinados ao livre acesso e permanência de todos e por todos) ou equipamentos de utilização coletiva ou infraestruturas que devam integrar o domínio público municipal por força da lei ou do próprio plano.⁷
- ii. Domínio privado municipal: após as alterações ao RJUE introduzidas pela Lei n.º 60/2007, as cedências ao município passaram a poder ser feitas quer para o domínio público quer para o domínio privado municipal, não formulando a lei qualquer relação de preferência entre ambas, exceto, naturalmente, nas situações em que, por natureza, os espaços cedidos devam integrar o domínio público (como sucederá com o exemplo referido no ponto anterior). O que significa que o município passa a ter agora a possibilidade de definir com maior maleabilidade, o estatuto das áreas que lhe são cedidas, conferindo a integração da cedência no domínio privado uma maior flexibilidade na sua gestão, já que esta não se encontra limitada pelo regime restritivo dos bens públicos (imprescritibilidade,

⁷A título de exemplo, haverá obrigatoriedade de cedência de parcelas para o domínio municipal se a operação de loteamento prever a implantação de um arruamento central que fará a ligação entre duas ruas da cidade e que servirá, por isso, a circulação viária de todo o trânsito urbano: as parcelas a afetar à construção daquela infraestrutura viária têm, por imposição da lei, de ser cedidas para o domínio público municipal (da circulação).

impenhorabilidade, impossibilidade de celebrar sobre eles negócios jurídicos privados).⁸

- iii. propriedade privada sujeita ao regime das partes comuns do regime da propriedade horizontal: o n.º 4 do artigo 43.º determina que constituem partes comuns dos lotes resultantes das operações de loteamento e dos edifícios que neles

⁸ Assim, sobre estas parcelas podem constituir-se direitos ou celebrar negócios jurídicos de direito privado, podendo as mesmas, por exemplo, ser dadas de arrendamento ou ser objeto de direito de superfície para a instalação de um equipamento desportivo de uso público. Efetivamente, nenhum imperativo existe que imponha, em grande parte das situações, um estatuto de dominialidade pública dos bens municipais, podendo mesmo a sujeição a este regime constituir um fator de desincentivo na gestão dos mesmos, já que os mecanismos para o efeito, sobretudo a concessão de uso privativo do domínio público, não são os mais atrativos do ponto de vista de mercado. Esta situação conduziu, mesmo, a que o município preferisse muitas vezes a receção de compensações em espécie, já que estas, sim, ingressariam na sua titularidade privada.

Refira-se, quanto às operações com *impacte semelhante a um loteamento*, que o n.º 5 do artigo 57.º do RJUE apenas remete para a aplicação do n.º 43.º e não já para o artigo 44.º, ao contrário do que sucede com as operações com *impacte urbanístico* relevante constante do n.º 5 do artigo 44.º, em relação às quais se prevê expressamente a sua sujeição a *cedências e compensações*. Este último conceito aparece como mais amplo que o de “*edifícios contíguos e funcionalmente ligados entre si que determinem, em termos urbanísticos, impactos semelhantes a uma operação de loteamento*”, pois permite, a título de exemplo, que um só edifício (e não um conjunto imobiliário) possa ser equiparado aos loteamentos para efeitos de encargos.

A não previsão de cedências nas situações das propriedades horizontais sobre conjuntos imobiliários baseava-se no pressuposto de que a *unidade funcional* entre os edifícios apenas seria garantida através da manutenção das áreas destinadas a zonas verdes e de utilização coletiva, infraestruturas e equipamentos em propriedade privada. Nada impede, porém, os municípios de, nos respetivos regulamentos municipais, integrarem as obras com impactos semelhantes a loteamentos (no âmbito das quais não se podem exigir cedências) no elenco das operações com *impacte urbanístico* relevante (onde aquelas são exigíveis). De modo a que esta solução não se apresente como contraditória com a unidade predial subjacente aos conjuntos imobiliários, as cedências terão, nestes casos, de ser feitas não nos meandros do projeto do conjunto imobiliário, mas bordjarem o mesmo, por exemplo, para efeitos viários. Vide Fernanda Paula OLIVEIRA, Maria José CASTANHEIRA NEVES, Dulce LOPES e Fernanda MAÇÃS, *Regime Jurídico da Urbanização e Edificação Comentado*, 3.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2011, comentário aos artigos 44.º e artigo 57.º

venham a ser construídos os espaços verdes e de utilização coletiva, infraestruturas viárias e equipamentos que, de acordo com o loteamento, devam revestir natureza privada. Determina expressamente, a este propósito, o mesmo número, que essas partes comuns sejam regidas pelo disposto nos artigos 1420.º a 1438.º do Código Civil.⁹

Por força do estatuto para que o n.º 4 do artigo 44.º remete, o conjunto dos direitos de propriedade sobre os lotes e de compropriedade sobre as partes comuns do loteamento é incindível, de modo a que, nenhum deles pode ser alienado separadamente.

Por vezes, embora as parcelas se mantenham propriedade privada, é-lhe conferido um uso coletivo (público ou geral), o que, embora com um estatuto distinto confere a estas parcelas uma função muito próxima da que é reconhecida às parcelas cedidas ao município.

- iv. a constituição sobre as parcelas destinadas a uso coletivos de direitos reais menores em favor, por exemplo, do município, que garanta a sua afetação para os fins referidos: esta é uma solução que vem sendo apontada pela doutrina como uma alternativa às vias apontadas e que fica a meio caminho entre a manutenção das parcelas destinadas àqueles fins propriedade privada e à sua cedência para

⁹ É o que sucederá, por exemplo, quando o projeto de loteamento prevê um conjunto de equipamentos (v.g. um parque de divertimento infantil, um ringue de patinagem, um campo de futebol), para uso exclusivo daqueles que venham a viver na zona loteada, situação em que as parcelas para estes fins não têm, naturalmente de ser cedidas, permanecendo propriedade privada.

Repare-se que não está aqui verdadeiramente em causa a constituição de uma propriedade horizontal, não lhe sendo aplicável, desde logo, o regime notarial da sua constituição. O que sucede é apenas do aproveitamento de um regime legal pré-definido que já se mostrou idóneo na resolução dos litígios surgidos entre privados no aproveitamento de zonas comuns. Tal pressupõe, porém, a necessidade de os interessados se organizarem em termos idênticos aos da propriedade horizontal de forma a garantir uma gestão eficiente e uma assunção cabal pelos mesmos dos encargos decorrentes da sua gestão sustentável.

domínio (público ou privado) municipal.¹⁰ Esta solução seria uma decorrência do princípio da proporcionalidade permitindo que as cedências se refiram a partes cindíveis do direito da propriedade (por exemplo, cedência apenas do solo para construção de uma via, mantendo-se em propriedade privada o subsolo e espaço aéreo correspondente, que podem ser utilizados para outros fins: por exemplo, o subsolo para estacionamento e o espaço aéreo para ligação entre edifícios).¹¹

Refira-se que não se apresenta como uma alternativa a integração das parcelas destinadas para estas finalidades em *lotes*. Com efeito, dada a finalidade a que se destinam, as mesmas não devem ser sujeitas ao tradicional regime jurídico da propriedade privada que incide sobre os prédios que tenham aquele estatuto, correspondendo, antes, a parcelas diferenciadas integradas no loteamento, assegurando-se, deste modo, o seu papel estruturante no âmbito deste e permitindo-se que a edificabilidade a concretizar nessas áreas — sobretudo se em causa estiver um equipamento e sempre na dependência do que o plano municipal determinar — não sejam contabilizadas para efeitos de cumprimento dos índices urbanísticos ou de realização de encargos.¹²

c) Ao contrário do que possa pensar-se, o legislador não estipulou qualquer preferência quanto ao estatuto a atribuir às

¹⁰ Cfr. Ana Raquel MONIZ, «Cedências para o domínio municipal: algumas questões», *Direito Regional e Local*, n.º 04, 2008

¹¹ Esta solução traz maior flexibilidade na medida em que, no caso de cedências para o domínio público que tenha incidido sobre o solo, subsolo e espaço aéreo correspondente, a possibilidade de o interessado utilizar, para fins privados, quer o subsolo quer o espaço aéreo apenas será possível por intermédio de uma concessão de uso privativo daquelas áreas para que os interessados delas possam fazer uma utilização privada.

¹² Considerando, porém, que estas parcelas podem ficar propriedade privada, e de forma a garantir uma sua mais eficaz e sustentável gestão (de forma a não penalizar os adquirentes dos lotes nos encargos que têm, em relação a elas, de assumir), consideramos que poderia ser ponderada a hipótese de estas áreas poderem ser integradas em *lotes* (objeto de direito de propriedade individual), desde que estes fossem sujeitas a um regime especial no que concerne à «garantia da sua afetação ao fim que o justifica».

parcelas a destinar às finalidades identificadas no n.º 1 do artigo 43.º. Efetivamente, o legislador deixou em aberto a concreta opção quanto à existência ou não de cedências, opção que tem um natural impacto na forma de fazer cidade (potenciando-se uma cidade aberta ou fechada consoante se exija ou não a cedência destas parcelas para o domínio municipal)¹³. A opção quanto a este aspeto deve ser tomada pelo município no respetivo plano diretor municipal, ao qual cabe, nos termos da alínea r) do artigo 85.º do RJGT, fixar os *critérios para a definição das cedências* de uma forma devidamente articulada com a *estratégia urbana* que pretende promover. Assim, se pretender reforçar uma política urbana assente numa conceção de cidade aberta aos cidadãos — a qual é garantida, designadamente, pela existência de espaços públicos e equipamentos abertos a toda a população —, pode o município determinar, como regra, a *obrigatoriedade de cedências*, embora as possa dispensar em determinadas circunstâncias, por exemplo, quando as áreas verdes de utilização coletiva ou destinadas a equipamentos, exigíveis por aplicação dos parâmetros de dimensionamento, tenham uma reduzida dimensão ou uma configuração que torne inviável a sua utilização para os fins pretendidos ou quando não seja possível garantir uma correta inserção urbanística das áreas destinadas a apoio coletivo, tendo em conta as características físicas e funcionais do espaço envolvente da operação urbanística.¹⁴

¹³ Com efeito, e como referimos, a lei admite, no limite, que um loteamento ou operação com impacto similar, ainda que tenha de prever áreas para zonas verdes e de utilização coletiva, infraestruturas e equipamentos, não tenha de as ceder ao município, as quais, embora fiquem sujeitas a um estatuto específico (constante do n.º 4 do artigo 43.º), permanecem propriedade privada. Não deve, assim, confundir-se a existência de *parâmetros de dimensionamento* das áreas para zonas verdes, infraestruturas e equipamentos com *parâmetros de cedências*, já que aqueles parâmetros são cumpridos ainda que as parcelas permaneçam propriedade privada sujeita a um estatuto especial (o do n.º 4 do artigo 43.º do RJUE).

¹⁴ Nos termos do artigo 145.º do Plano Diretor Municipal de Gaia (Aviso n.º 14327/2009, publicado no Diário da República, 2.ª série, N.º 155, de 12 de agosto de 2009) “1 - A *cedência ou a dotação de área de apoio coletivo* pode ser total ou parcialmente dispensada em casos devidamente justificados, de acordo com a seguinte tipificação: (...) d) *Inviabilidade, pela sua reduzida*

Caso o município, não pretendendo fazer uma opção expressa ou definitiva sobre esta matéria, pretenda, ainda assim, incentivar cedências para o domínio municipal, nada impede que fixe parâmetros diferenciados (menos ou mais exigentes) consoante as parcelas destinadas àquele fim se destinem a cedência ou não, respetivamente.¹⁵

Naturalmente que esta opção (pela obrigatoriedade ou não de cedências para o domínio municipal) tem claras consequências na imputação dos custos da gestão da cidade: enquanto a manutenção daquelas parcelas em propriedade privada implica a assunção destes encargos em primeira linha pelo promotor e, em última, pelos adquirentes dos lotes ou construções neles erigidas (porque aquele tende a repercutir no valor da sua venda o referido encargo) — o que, na prática, segundo dados que temos recolhido, tem funcionado como um claro desincentivo à sua transação por encarecer o produto imobiliário —, a sua cedência para o município implica a assunção, por este, daqueles encargos, o que, numa época de escassez de recursos financeiros pode tornar a gestão da cidade insustentável para o erário público.

dimensão ou configuração, das áreas verdes, de utilização coletiva ou destinadas a equipamentos, exigíveis por aplicação dos parâmetros estabelecidos no n.º 2 do artigo anterior; e) Manifesta impossibilidade de uma correta inserção urbanística das áreas destinadas a apoio coletivo, tendo em conta as características físicas e funcionais do espaço envolvente do loteamento.”

15 Veja-se o caso do disposto no artigo 144.º, n.º 3 do Plano Diretor Municipal de Gaia nos termos do qual: “3 -Para efeitos do cumprimento de dotação mínima estabelecida no número anterior contabilizam -se: a) As áreas de cedência efetiva, pela sua dimensão real; b) As áreas de natureza privada a afetar aos mesmos fins de apoio coletivo, de acordo com as seguintes equivalências: i) Quando se tratar de áreas de parcelas que constituam parte comum de conjuntos de lotes (Acom), o valor contabilizável (VC) resulta do produto do fator 0,8 pela área das partes comuns: $VC = 0,8 \times Acom$; ii) Quando se tratar de áreas de logradouros individuais dos lotes ou parcelas, o valor contabilizável (VC) é o da área do lote ou parcela (Alot) que exceda 1 500 m² ou a soma da área de implantação da edificação do lote ou parcela (Aimp) com o valor numérico da respetiva área bruta de construção (Abc), se o valor da referida soma for superior a 1 500 m²: $VC = Alot - 1\,500\,m^2$, se $(Aimp + Abc) < 1\,500\,m^2$ $VC = Alot - (Aimp + Abc)$, se $(Aimp + Abc) > 1\,500\,m^2$.”

É a este propósito que, tendo havido cedência das mencionadas parcelas para o domínio municipal, pode fazer sentido, da perspetiva do município, a celebração de contratos cuja tipologia se encontra referida nos artigos 46.º e 47.º do RJUE: *contratos de cooperação* e *contratos de concessão*, que se apresentam, dado o seu objeto — um específico serviço público que é a gestão das infraestruturas, dos espaços verdes e de utilização coletiva e, ainda, apesar de não expressamente referidos no n.º 1, dos equipamentos públicos — como contratos administrativos.¹⁶

Com efeito, por via destes contratos o município “liberta-se” dos encargos inerentes à gestão da cidade (isto é, inerentes aos espaços públicos da cidade que foram gerados pelos processos de urbanização e edificação de iniciativa privada). Tratando-se, porém, de instrumentos contratuais, não é legítimo que a celebração deste tipo de contratos seja, como frequentemente é, imposta aos promotores das operações que dão origem a estas áreas públicas, tanto mais que os referidos contratos devem ser celebrados com moradores ou grupos de moradores.¹⁷

e) Nos casos em o prédio a lotear já esteja servido de infraestruturas urbanísticas ou não se justifique a localização de qualquer equipamento ou espaços verdes públicos, o artigo 44.º, n.º 4 do RJUE estabelece o ónus de pagamento de uma compensação ao município, em numerário ou em espécie nos termos a definir em regulamento municipal. Nestas duas situações, a compensação serve como contrapartida pelo facto de o promotor tirar partido da prévia existência, na zona, de infraestruturas, equipamentos ou espaços verde públicos, dispensando-o de prever, no

¹⁶ Para mais desenvolvimentos sobre estes tipos contratuais, cfr. João MIRANDA, *A Função Pública Urbanística e o seu Exercício por Particulares*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 413 e ss.

¹⁷ Em alguns casos as câmaras municipais condicionam, mesmo, o licenciamento das operações urbanísticas que dão origem a estas áreas coletivas, à celebração deste tipo de contratos, integrando nas suas cláusulas a obrigação dos promotores transferirem essa obrigação para os adquirentes dos lotes ou das construções e/ou frações a neles erigir. O que se nos afigura ilegítimo, para além de outros problemas jurídicos que os mesmos colocam, não sendo este, porém, o local adequado para os discutir.

seu loteamento (ou operação equiparada), áreas afetas a este fim e, naturalmente, de as ceder ao município.

A estas duas situações que se encontravam já previstas no Decreto-Lei n.º 448/91, o RJUE veio aditar uma outra: aquela em que, não estando a área servida por infraestruturas, equipamentos ou espaços verdes — tendo por isso o promotor de as prever no seu projeto —, as respetivas parcelas permaneçam com um estatuto privado como partes comuns dos lotes, das construções neles erigidas ou respetivas frações autónomas.

Esta situação é, no entanto, substancialmente diferente das primeiramente referidas e suscita-nos algumas reservas, já que não permite um cabal entendimento da figura das compensações, que tem sido considerada como uma figura próxima das taxas, sujeita, por isso, ao teste da proporcionalidade inerente a estas.¹⁸ É que, nas hipóteses em que haja previsão de áreas privadas para os fins indicados — em especial, mas não só, quando estas áreas sejam afetas, no ato administrativo de licenciamento ou admissão de comunicação prévia, a um uso genérico pelo público e não apenas a um uso coletivo (pelos titulares de direitos naquelas operações) — não pode afirmar-se um qualquer nexo de corresponsabilidade entre as prestações do particular (que fica duplamente onerado com a *realização* e *manutenção* das infraestruturas, equipamentos e espaços verdes e, ainda, com o *pagamento* da compensação) e a prestação municipal disponibilização dessas áreas —, inexistentes neste caso.

Tanto mais porque a opção quanto ao estatuto (municipal ou privado) destas áreas depende (deve depender), como vimos, de um juízo formulado pelo próprio município, o qual deve constar do plano diretor municipal onde se definem, precisamente, os critérios para as cedências. De onde decorre que é ao município que cabe avaliar a necessidade de espaços para estes fins pertença do município — tornando-as obrigatórias quando tal necessidade existir —, ou não as exigindo se tal não ocorrer.

¹⁸ José CASALTA NABAIS, «Fiscalidade do Urbanismo», in *Atas do I.º Colóquio Internacional – O Sistema Financeiro e Fiscal do Urbanismo* (CEDOUA, FDUC, APDU), Coimbra, Almedina, 2002, p. 55

Ora, não seria compreensível que o município exigisse a previsão de áreas para estes fins (precisamente por a zona não ser por elas servida, logo entendendo que as mesmas são necessárias), considerando, porém, desnecessária a sua cedência (satisfazendo-se, deste modo, com a sua previsão com um estatuto meramente privado), mas depois vir exigir compensações por essa cedência não ter sido efetuada (precisamente por a ter considerada desnecessária).

Uma leitura desta norma no sentido apontado pode levar os municípios, por dificuldades económicas que muitas vezes justificam as suas decisões, a exigir a previsão destas áreas nos projetos que lhe sejam apresentados para apreciação, mas não impor a sua cedência apenas para depois exigir compensações.

De onde decorre não considerarmos ser fundamento para esta compensação o “*minus*” que decorre para o património municipal pelo facto de os bens em causa se manterem em propriedade privada. Pelo contrário, a figura das compensações não é senão um mecanismo de reposição da igualdade entre administrados: por um lado, daqueles que são onerados com cedências *ou* com a previsão de áreas que se mantêm na sua titularidade privada e, por outro, daqueles que não são onerados com qualquer uma destas imposições. De onde decorre que, quanto a nós, as compensações devem ser ligadas não ao facto de haver (ou não) cedências para o domínio municipal, mas ao facto de se mostrarem respeitados no projeto os parâmetros de dimensionamento aplicáveis. Trata-se de uma compensação por não cumprimento dos parâmetros e não uma compensação por não cedências.

A este propósito, e em parte com base no mesmo pressuposto de que partimos, regulamentos municipais há que têm vindo a identificar esta situação — a da previsão de áreas privadas, em especial de terem um uso público — como uma das hipóteses em que é legítima a previsão de descontos nas compensações a pagar.

Na nossa ótica, pois, estas compensações não foram pensadas, na sua origem, para funcionar como mecanismos perequati-

vos; o que o legislador pretendeu com a sua instituição, foi apenas e somente, garantir que à operação fossem associadas valências de interesse coletivo, para usufruto dos futuros proprietários ou utilizadores dos “resultados” da operação urbanística licenciada. Por isso mesmo não se exige — nem nunca se exigiu — que as áreas dimensionadas para aqueles fins (em função da carga construtiva prevista na operação) tenham de ser cedidas ao município, podendo manter o estatuto privado e funcionar como espaços comuns aos lotes ou edifícios e frações constituídos em virtude da operação urbanística.

É certo que as mesmas não podem ser alheias a juízos de equidade, pois sendo consideradas uma figura muito próxima das taxas urbanísticas, encontram-se vinculadas ao teste da proporcionalidade inerente a estas¹⁹, exigindo-se, assim, um nexo de correspectividade entre as prestações do particular e as prestações municipais.²⁰

¹⁹ José CASALTA NABAIS, «Fiscalidade do Urbanismo», in *Atas do Iº Colóquio Internacional - O Sistema Financeiro e Fiscal do Urbanismo*, (CEDOUA, FDUC, APDU), Coimbra, Almedina, 2002, p. 55. Note-se que, mesmo à luz da nossa Lei Fundamental — artigo 165.º, n.º 1, alínea i) da Constituição da República Portuguesa — é legítimo equiparar, designadamente no que se refere às exigências de precedência e reserva de lei, as compensações às taxas urbanísticas, um vez que aquela norma sujeita ao mesmo regime constitucional as taxas e as “demais contribuições financeiras”. Assim sendo, em face da analogia substancial entre taxas e compensações, consideramos serem estas regidas por princípios e sujeitas a exigências similares àquelas. Em sentido concordante vide José Manuel M. CARDOSO DA COSTA, “Sobre o Princípio da Legalidade das “Taxas” (e das “demais Contribuições Financeiras””, in *Estudos em Homenagem do Professor Doutor Marcello Caetano — No Centenário do seu Nascimento*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 789 e seguintes.

²⁰ Ainda assim — isto é, não obstante o facto de as compensações a que nos referimos não terem motivações diretamente perequativas —, há a anotar o facto de alguns instrumentos de planeamento municipal, dada a sua escala de intervenção no território, remeterem para os artigos 43.º e 44.º do RJUE, no que se refere à perequação de encargos, pois tomam as áreas de dimensionamento fixadas na Portaria Portaria n.º 216-B/2008, de 3 de março, ou estipuladas no próprio plano como referência para estes efeitos. Em regra, esta remissão não fará sentido nos planos de pormenor já que estes identificam, por princípio, de forma muito precisa, as áreas a ceder, não as remetendo para um projeto urbanístico que as concretize. Não somos avessas a esta opção, posto que a mesma seja rodeada de particulares cautelas, que evitem, por um lado, a dupli-

Ao contrário do que sucede com as cedências a que se refere o n.º 1 do artigo 44.º, as cedências como compensação em espécie referida no n.º 4 podem localizar-se fora da área ou da área de influência do loteamento ou da operação urbanística em causa permitindo a constituição de uma bolsa de solos que facilita a gestão urbanística por não ficarem afetadas a qualquer fim específico.

1.4. A perequação de benefícios e encargos decorrentes dos planos

Visando os instrumentos de perequação de benefícios e encargos decorrentes dos planos previstos no RJIGT objetivos de equidade — pretendendo eliminar ou, pelo menos, minorar as desigualdades que por eles são introduzida —, os mesmos podem também ser utilizados como instrumentos de financiamento da urbanização e da execução dos planos municipais. É o que resulta da alínea b) e c) do artigo 137.º do RJIGT, nos termos das quais, repetitivamente, são objetivos da perequação a *“obtenção pelos municípios de meios financeiros adicionais para a realização das infraestruturas urbanísticas e para o pagamento de indemnizações por expropriação”* e a *“disponibilização de terrenos e edifícios ao município para a implementação, instalação ou renovação de infraestruturas, equipamentos e espaços urbanos de utilização coletiva, designadamente zonas verdes”*.²¹

cação de encargos urbanísticos que impendem sobre os promotores, e, por outro, que assegurem que as compensações efetuadas sempre que se fique aquém ou além daqueles parâmetros de dimensionamento sejam distribuídas equitativamente por todos os proprietários na área de intervenção do plano (ou da unidade de execução), não onerando exclusivamente — de acordo com o projeto delineado — apenas um ou vários proprietários. Para mais desenvolvimentos sobre esta questão cfr. Fernanda Paula OLIVEIRA, Dulce LOPES, “Os regulamentos municipais no âmbito da gestão urbanística”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Aníbal de Almeida*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.

²¹ Realce-se que nos termos da alínea c) do artigo 137.º do RJIGT, a perequação permite não apenas a obtenção de terrenos (compensação perequativa através da cedência de parcelas) como a obtenção de edifícios (compensação perequativa através de cedência de edifícios). O que permite justificar, por exemplo, que na execução de um plano de pormenor os privados/ promotores e proprietários dos terrenos abrangidos possam, para além das infraestruturas

Uma vez que a perequação funciona através do pagamento de compensações (em dinheiro ou espécie) quando, nos concretos processos de urbanização e edificação, ocorram desvios aos benefício e encargo padrões, terá de se ter cuidado para não confundir estas compensações (para efeitos de perequação) com as anteriormente referidas (para efeitos do artigo 44.º do RJUE), devendo ainda ter-se presente que estas compensações (perequativas) não se encontram abrangidas pela proibição constante do n.º 4 do artigo 117.º do RJUE; pelo contrário, correspondem a contrapartidas que têm clara concretização legal e, mais, são exigidas pelo legislador, não podendo o município eximir-se à sua consagração e aplicação.

2. As consequências do modelo tradicional de gestão urbanística e a sua superação: o financiamento da urbanização e edificação num novo modelo

O modelo de gestão urbanística que referimos, e cujos principais meios de financiamento enumeramos, teve consequências nefastas na ocupação do território

Com efeito — e o diagnóstico está feito —, a ocupação do território com base num modelo de gestão urbanística assente no RJUE, aliada a instrumentos de planeamento territorial com perímetros urbanos sobredimensionados e destituído de programação municipal, potenciou o surgimento *casuístico* (ao sabor das iniciativas dos promotores e de acordo com os seus próprios *timings*), de operações urbanísticas, em regra concretizadas nos *limites da propriedade de cada um*, bem como de *licenciamentos dispersos e desgarrados* uns dos outros (ainda que conformes com os planos diretores municipais em vigor), e teve como consequência uma irracional expansão das infraestruturas urbanísticas, que permanecem atualmente subaproveitadas ou, mesmo, abandonadas. O que tem custos insuportáveis!

e das cedências a que fiquem obrigados, proceder à construção de edifícios destinados a equipamentos pelo plano e cedê-los a título de compensação perequativa.

Para além de que este modelo está esgotado, num momento de crise do imobiliário.

Quais as alternativas que existem, é a questão essencial a que tem de se dar resposta num momento em que a atividade imobiliária — de urbanização e edificação — se encontra praticamente paralizada.²²

Desde logo, torna-se necessário instituir um novo modelo de gestão urbanística onde os municípios assumam uma atitude proativa, *programando*, *coordenando* e *controlando* operações privadas que, de forma integrada, executem os planos (o que é essencial dos planos do ponto de vista da estruturação do território e do desenvolvimento urbano), isto é, um modelo de gestão urbanística em que a Administração municipal *faz acontecer* o que verdadeiramente convém que aconteça, da perspectiva do interesse público.

A legislação tem vindo a fornecer enquadramento jurídico para esta nova forma de gestão urbanística, quer no âmbito realização de operações de nova urbanização (é aí que se enquadram as unidades de execução previstas e reguladas no RJIGT) quer no âmbito da reabilitação urbana, também ela assente na *programação municipal* e na realização de *operações integradas* (e não avulsas) em áreas especificamente demarcadas para o efeito (áreas de reabilitação urbana), ainda que vocacionadas para a intervenção no (e reabilitação do) existente.

Exige-se, pois, uma Administração municipal que faça acontecer o que verdadeiramente interessa à estruturação do território e ao desenvolvimento urbano, que oriente a ocupação urbanística privada, que evite a dispersão condicionando as intervenções privadas a atuações de conjunto (globais e integradas) que façam (e paguem) a cidade.

²² Dos dados que temos vindo a apurar, ainda que empiricamente, os departamentos de gestão urbanística das câmaras municipais viram a sua atividade substancialmente diminuída: os processos a que estes serviços têm de dar resposta correspondem praticamente ora a situações de construção de habitação própria ora de legalizações de edifícios (muita vezes com o intuito de obter a autorização de utilização indispensável para a celebração de negócios jurídico de alienação em face das dificuldades económicas que as famílias enfrentam).

A delimitação de unidades de execução (articuladas, através do sistema de execução adotado, com a ordem de prioridades municipais) serve este propósito, correspondendo à delimitação, pela câmara municipal, da área em que importa intervir de uma forma integrada e com uma solução de conjunto (abrangendo por isso, em regra, prédios pertencentes a vários proprietários), de forma a prosseguir um interesse público imediato (v.g. a abertura de uma via estruturante ou a cedência de uma área para um equipamento programado ou para um parque verde urbano previsto no plano). A possibilidade de condicionar a intervenção no território a soluções de conjunto, integradas e programadas, permite evitar as intervenções atomísticas (contidas no limite da propriedade de cada um que, em regra, não tem a área que permita um projeto que garanta desenvolvimento urbano harmonioso: mesmo que esta intervenção isolada preveja áreas para fins coletivos ou cedências, estas raramente têm a dimensão para fazer cidade).

Assim, ainda que no interior da unidade de execução se realize uma operação urbanística (um loteamento conjunto, um reparcelamento, nas suas várias configurações²³ ou um conjunto imobiliário), aplicando-se, por isso, o RJUE e os meios de financiamento nele previsto (e anteriormente referidos)²⁴, em causa

²³ Referimo-nos ao reparcelamento que dá origem a lotes para construção e ao reparcelamento que cria parcelas para (futura) urbanização. Sobre estas distintas configurações do reparcelamento e sobre o reparcelamento que cria parcela para urbanização como o instrumento do “presente” por dar resposta à atuais exigências de mercado, cfr. Fernanda Paula OLIVEIRA, Dulce LOPES, *Execução programada de planos municipais. As unidades de execução como instrumento de programação urbanística e o reparcelamento urbano como figura pluriforme*, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 99 e ss.

²⁴ De facto, a delimitação de unidades de execução é apenas a primeira fase de uma *intervenção integrada* no território: a fase de delimitação/identificação (pela câmara) da *área territorial* onde será concretizado o *projeto*. Depois desta fase, segue-se o procedimento normal, tornando-se necessário, primeiro, aprovar (licenciar) a operação urbanística (que terá de ser apresentada por quem tem legitimidade) e depois as respetivas obras de urbanização (quando a elas haja lugar), seguindo-se, por isso, a este propósito o regime previsto no RJUE, mesmo que esteja em causa um reparcelamento que cria parcelas para

estará sempre uma operação com a dimensão suficiente para fazer cidade (para criar espaços verdes, equipamentos ou infraestruturas com a dimensão adequada a servi-la) e operações que cumpram a ordem de prioridades definidas pelo município e não a prioridades de ordem estritamente privada.²⁵

Uma gestão urbanística deste tipo pressupõe é a utilização de instrumentos e de metodologia de atuação distintas das tradicionais: os técnicos e decisores municipais terão de “deixar os seus gabinetes” — onde avaliam a conformidade dos projetos apresentados pelos privados com os instrumentos urbanísticos em vigor (posicionando-se, deste modo, como meros apreciadores — “controladores” e fiscalizadores” — das pretensões privadas) — para “irem ter” com os proprietários e investidores, não para os obrigar a intervir nos termos pretendidos pelo município (o que será difícil numa altura de crise do imobiliário), mas para os “convencer” a intervir com (isto é, com eles negociar) atuações que sirvam simultaneamente o interesse público.²⁶

Trata-se da exigência de novas formas de atuação pública que decorrerem do progressivo reconhecimento de que Estado e os municípios não dispõem de recursos, nomeadamente financeiros, que lhes permitam resolver, só por si ou primordialmente através da sua iniciativa unilateral, os novos problemas que hoje se levantam ao desenvolvimento equilibrado das cidades, num contexto económico incerto e num quadro de competitividade global.

A intenção última é a de permitir desenvolver *processos formais e estruturados de concertação de posições*, através dos quais

(futura) urbanização. Sobre este ponto em especial Fernanda Paula OLIVEIRA, Dulce LOPES, *Execução programada de planos municipais*, cit., pp. 103-104.

²⁵ O que se admite, se as dinâmicas de mercado não forem favoráveis, é que a execução da operação projetada e aprovada em conjunto, seja faseada.

²⁶ É esta forma de gestão urbanística a que se refere o artigo 118.º do RJIGT: uma gestão programada e coordenada pelo município que determina para os particulares “o dever de concretizarem e adequarem a suas metas às metas e prioridades” definidas por aquela entidade.

a Administração municipal possa *influenciar as mútuas decisões e coordenar as respetivas atuações no sentido de otimizar os resultados da transformação urbana do ponto de vista dos interesses próprios*.²⁷

Em suma, em causa está *redirecionar os recursos da Administração para a produção de soluções desejadas*.²⁸

3. Alguns tópicos para se “fazer cidade” de um modo economicamente sustentável.

Em face de tudo quanto foi referido, julgamos relevantes os seguintes tópicos se se pretender fazer cidade de um modo economicamente sustentável:

- a) Em matéria de programação
 - i. Necessidade de tornar claro que a execução dos planos é uma tarefa pública, pelo que deve caber à Administração a sua programação e coordenação e aos proprietários o dever de concretizar e adequar as suas pretensões aos objetivos e prioridades definidos pela Administração nos instrumentos de programação.
 - ii. Necessidade de se definirem, inclusive legalmente, orientações claras quanto à execução dos planos municipais, exigindo, designadamente, que:
 - a. as operações urbanísticas contribuam sempre para a melhoria funcional, formal e ambiental do espaço onde se inserem;

²⁷ A negociação urbanística é um instrumento fundamental que deve interessar à Administração municipal porque lhe permite obter a adesão de outras entidades a alguns objetivos significativos da sua política de ordenamento do território e de urbanismo ou de política urbana mais geral de forma a promover e potenciar transformações territoriais qualitativamente mais relevantes, mais eficientes e mais eficazes, dando execução às políticas públicas pré-definidas.

²⁸ Também no sentido de que a programação assume um lugar importante num urbanismo pós crise vide Alain BOUDAIN, *O Urbanismo Depois da Crise*, (trad. Margarida Souza Lobo), Lisboa, Livros Horizonte, 2011, pp. 95 e ss.

- b. exista uma articulação espacial e temporal entre a execução de infraestruturas e de equipamentos e a execução das edificações, tendo em vista uma ocupação harmoniosa do território e o equilíbrio económico-financeiro de cada operação;
 - c. a construção de infraestruturas, equipamentos e zonas verdes por iniciativa municipal se articulem, sempre que possível, com a urbanização envolvente, com recurso a unidades de execução;
 - d. As operações urbanísticas se realizem preferencialmente mediante execução sistemática.
- iii. Necessidade de se explicitar que a execução sistemática consiste na realização, mediante programação municipal, de operações urbanísticas integradas (com associação de proprietários e eventualmente outros interessados), com dimensão e localização adequadas a uma transformação ordenada do território, sendo regra em solo urbanizável, mas podendo ocorrer também em solo urbanizado a consolidar, renovar ou reestruturar, sempre que se justifiquem intervenções suportadas por uma solução integrada e de conjunto.
- iv. Previsão expressa de que a realização de operações urbanísticas isoladas deve ser considerada excecional, só podendo ser admitida em solo urbano quando já existam infraestruturas adequadas para a edificação pretendida ou tenha sido concretizada uma operação de loteamento ou de reparcelamento.
- v. Exigência legal de que os planos integrem de forma expressa orientações para a sua execução, contendo, designadamente:
 - a. a identificação e a programação das intervenções consideradas estratégicas ou estruturantes bem como a explicitação dos respetivo objetivos;
 - b. a estimativa dos custos individuais e da globalidade das ações previstas no plano;

- c. a ponderação da viabilidade jurídico-fundiária e económico-financeira das respetivas propostas;
 - d. a definição dos meios, dos sujeitos responsáveis pelo financiamento da execução e dos demais agentes a envolver;
 - e. a estimativa da capacidade de investimento municipal relativa às propostas do plano, tendo em conta os custos da sua execução.
- vi. Obrigatoriedade de inscrição da programação municipal nos planos de atividades e nos orçamentos municipais.
- vii. Exigência de que os planos identifiquem, para as unidades ou subunidades operativas de planeamento e gestão neles previstas, os objetivos de interesse público a alcançar, os processos executórios a adotar e os meios financeiros a mobilizar, devendo os investimentos e empreendimentos públicos enquadrar-se preferencialmente em unidades ou subunidades operativas.
- b) No que concerne ao regime económico e financeiro no domínio do direito dos solos.
 - i. Estabelecer, como princípios gerais, a necessidade de a execução de infraestruturas urbanísticas pelas entidades públicas obedecer a critérios de eficiência e sustentabilidade financeira, sem prejuízo da coesão territorial, devendo, para o efeito, qualquer decisão de criação de infraestruturas urbanísticas ser financeiramente justificada pela entidade competente no âmbito da programação urbanística;
 - ii. Criar a obrigação de os municípios elaborarem um programa de financiamento urbanístico que integre o programa plurianual de investimentos municipais na execução, na manutenção e no reforço das infraestruturas gerais e a previsão de custos gerais de gestão urbana, identificando, de forma explícita, as fontes de financiamento para cada compromisso previsto.

- iii. Prever a possibilidade de os tributos terem taxas de tributação diferenciadas em função dos usos, das tipologias, do estado de conservação, da localização e do nível de serviço das infraestruturas urbanísticas disponibilizadas.
- iv. Determinar que os *impostos sobre o património imobiliário urbano* respeitem o princípio da equivalência ou do benefício, remunerando, em termos amplos, a atividade pública de prestação que beneficie os prédios urbanos. No que concerne aos *impostos sobre o património imobiliário rústico*, exigir que estes respeitem o princípio da capacidade contributiva, tomando em consideração o rendimento fundiário normal decorrente de uma utilização eficiente do solo e promovendo a efetiva utilização do mesmo.
- v. Permitir que os municípios criem contribuições especiais adicionais ao imposto municipal sobre imóveis, tendo em vista a recuperação dos custos incorridos ou das vantagens proporcionadas mediante o fornecimento ou a manutenção de infraestruturas urbanísticas de qualidade excecional ou a prestação de serviços ambientais qualificados, contribuições que devem constar nos instrumentos de programação territorial, sendo a sua taxa fixada em função da fundamentação económica dos custos incorridos ou das vantagens proporcionadas.
- vi. Determinar expressamente que as taxas urbanísticas respeitem o princípio da equivalência ou do benefício, remunerando as entidades públicas pelos encargos especialmente incorridos com uma específica operação de infraestruturização urbanística.
- vii. Admitir expressamente que os instrumentos de perequação de benefícios e encargos no âmbito do planeamento municipal, para além de permitirem a distribuição dos benefícios e encargos decorrentes dos planos entre os proprietários fundiários e da efetivação de cedências

para a implementação, instalação e renovação de infraestruturas, equipamentos e espaços urbanos de utilização coletiva, possam ainda funcionar como instrumento de afetação social das mais-valias gerais atribuídas pelo plano.

4. Nota conclusiva

Em face de tudo quanto foi dito, tendo em conta o momento de atual crise económica em geral e do setor imobiliário em especial, torna-se necessário repensar as formas como o custo da urbanização e da edificação tem de ser assumido.

A este propósito, o quadro legal em vigor há muito que apela para uma passagem de um *urbanismo de expansão* para um *urbanismo de contenção*, de *colmatação* e de *reabilitação*, exigindo dos municípios a assunção de um papel mobilizador dos atores (públicos ou privados) de modo a que a cidade assim como a urbanização e a edificação do território se façam através de processos interligados e complementares em vez de processos sem relações entre si.

É certo que os tempos são de crise. Mas são precisamente os momentos de crise que mais se propiciam à ponderação de novas vias e de novas soluções que permitam mudar as práticas instituídas. Como afirma Alain Boudain “...a crise (...) oferece uma ocasião para repensar e reorganizar esta grande função social indispensável que é o urbanismo”.²⁹

²⁹ Alain BOUDAIN, *O Urbanismo Depois da Crise*, cit., p. 115.

Pagar a conta dos serviços e da manutenção das cidades*

Suzana Tavares da Silva

Professora da FDUC

1. Considerações contextuais; 2. Evolução do financiamento tributário municipal: aspectos gerais; 3. A extrafiscalidade e as suas dificuldades no contexto da LRGTA; 4. A privatização no domínio dos serviços municipais e as suas consequências em matéria tributária; 5. Novas exigências em matéria de financiamento municipal.

Resumo:

A cidade é um topos essencial da organização comunitária, apresentando-se como um organismo vivo que carece de serviços públicos – serviços universais, de prestação contínua, acessíveis e de qualidade – para se manter.

* Este texto é dedicado ao Senhor Professor António Barbosa de Melo

Entre eles permitimo-nos destacar os de fornecimento de bens e serviços económicos de consumo individualizado (água, energia, telecomunicações, transportes), de consumo colectivo (recolha de resíduos, limpeza e conservação de vias rodoviárias e pedestres, iluminação pública), os serviços de natureza social (apoio à infância e juventude, educação, saúde, inclusão social e apoio à terceira idade) e cultural (desporto e serviços culturais), “serviços de autoridade” (regulação de trânsito, segurança pública, protecção civil) e serviços ambientais e de garantia da qualidade de vida (qualidade do ar, das águas subterrâneas, zonas verdes, saúde pública).

Nem todos estes serviços são prestados ou a sua prestação é organizada pelos municípios, pois alguns são de âmbito nacional, embora com representação local (ex. ensino e a saúde), outros estão hoje privatizados (telecomunicações e energia), mas todos representam encargos relevantes cujo financiamento deve estar devidamente assegurado por impostos, contribuições, taxas ou preços. O nosso objectivo, neste trabalho, é precisamente discutir a forma de financiamento mais adequada a cada categoria em face do novo contexto regulatório e económico-financeiro.

1. Considerações contextuais

Discutir, hoje, o problema das receitas adequadas para o financiamento dos custos da “manutenção” e “funcionamento” da cidade exige, necessariamente, que comecemos por aludir a duas questões principais: *i)* a dificuldade actual na arrumação dogmática das categorias tributárias e *ii)* a crise do Estado Fiscal enquanto principal instrumento de financiamento das tarefas gerais prosseguidas pelos serviços públicos da Administração central, regional e local¹.

¹ Um dos principais argumentos que dita, em nosso entender, a *crise o Estado Fiscal*, é a sua incapacidade actual de encontrar uma resposta adequada para assegurar a universalidade e a igualdade da tributação – os estudos sobre a “receita fiscal perdida”

Começemos pela segunda questão. A emergência e a crise do Estado Fiscal – leia-se, do financiamento público a partir de impostos – acompanham os diversos momentos da evolução do próprio modelo de intervenção do Estado na economia. Assim, no *Estado liberal*, o imposto cumpre uma função exclusivamente financeira, e apresenta-se, sobretudo, como um “*ataque*” *legítimo* à propriedade privada, sustentando-se a sua legitimidade e juridicidade a partir dos limites impostos ao poder público tributário pelo princípio da legalidade fiscal – *no taxation without representation*. Neste contexto, o pagamento de impostos pode ser qualificado como um *dever jurídico*, fundado, também, na dimensão da pertença comunitária e no *status* da cidadania – contribuir para sustentar o Estado de Direito é contribuir para garantir a propriedade privada e, conseqüentemente, as liberdades essenciais.

Com o advento do *Estado Constitucional e Social*, o imposto aparece associado ao financiamento dos serviços públicos do Estado Social, crescendo as correntes doutrinárias que justificam a sua legitimação a partir da solidariedade social mediada pelo Estado. Uma construção na qual haveria de repousar a ideia então generalizada da progressividade geral da tributação do rendimento pessoal como critério de justiça, aliada às construções do pagamento do imposto como dever fundamental, ou seja, como correspectivo dos direitos fundamentais (não só os direitos, liberdades e garantias, mas também os direitos económicos, sociais e culturais)². Uma concepção que fazia todo o sentido perante um modelo de economia fortemente estadualizada e territorializada –

a nível mundial, seja em decorrência de esquemas de planeamento, seja de fraude fiscal, ilustram à saciedade a “injustiça” que tais fenómenos geram, transmutando o Estado Fiscal num instrumento de pressão efectiva e cada vez mais intenso sobre os contribuintes honestos ou sobre aqueles cuja actividade económica (em especial o trabalho dependente) não é tão permeável a artificios. Por esta razão, tudo volta a estar em questão, incluindo a sobrevivência do Estado fiscal, impondo-se um debate urgente sobre a *ética* e a *eficiência* dos impostos – v. Franco GALLO, *Las razones del fisco. Ética y justicia en los tributos*, Marcial Pons, Madrid, 2011; Joel SLEMMOD / Jon BAKIJA, *Taxing ourselves*, 4ª ed., MIT Press, Londres, 2008.

² Entre nós esta tese foi defendida por José CASALTA NABAIS, *O dever fundamental de pagar impostos*, 3.ª reimp., Almedina, Coimbra, 2012.

neste contexto socioeconómico a “Constituição fiscal” e a “Constituição económica” apresentavam-se como os *braços executivos* da activação da “Constituição Social”³.

Com o aprofundamento da *globalização económica* e a queda do bloco de Leste e, com ele, das ideologias estatizantes da economia, complementados com o impulso do comércio internacional e das liberdades económicas, não só na arena global, principalmente sob a égide dos acordos celebrados no seio da OMC, mas também do alargamento de espaços de integração regional, como a CEE, assistimos a uma *desterritorialização* e *desestadualização* da economia⁴, a que se haveria de somar, consequentemente, uma *desmaterialização* dos instrumentos associados ao financiamento em resultado da emergência dos mercados financeiros. Esta última acabaria por deixar o Estado, já antes arredado do controlo da economia, agora também arredado do controlo de uma parte significativa do fenómeno financeiro.

É este o *novo modelo* em que presentemente estamos inseridos. Um modelo no qual o imposto haveria de perder centra-

3 Quando nos referimos à “Constituição Fiscal”, à “Constituição Económica” e à “Constituição Social”, pretendemos aludir às normas constitucionais que se referem, respectivamente, ao sistema fiscal (arts. 103.º e 104.º da CRP), à organização económica (arts. 80.º a 100.º da CRP) e aos direitos económicos, sociais e culturais (arts. 58.º a 79.º da CRP).

4 Um movimento que ficaria conhecido pela trilogia *privatização, desregulação e re-regulação*. Uma tríade que significa, precisamente, a “devolução” das actividades económicas aos privados (a *privatização* nas suas diversas acepções e modelos, seja de mera execução privada de tarefas públicas, como acontece na concessão de bens e serviços, seja de co-adjuvação na prossecução de tarefas públicas como se verifica nas relações de parcerias público-privadas, seja mesmo no abandono pelo Estado da titularidade das tarefas, o que consubstancia uma privatização material propriamente dita), o fim do Estado dirigente, da programação pública e planificada do fenómeno económico em consequência da sua devolução ao mercado (*desregulação*) e o surgimento de uma *nova forma de intervenção* do Estado na economia de mercado, através das várias acepções do conceito de *regulação* e que incluem a adjudicação, a contratualização, a regulamentação, a orientação de comportamentos, a supervisão e punição de comportamentos desviantes e ainda uma nova actividade de intersecção entre o direito e a economia, conhecida como a *regulação económica*, em regra delegada em agências ou autoridades reguladoras independentes – sobre esta evolução v. Vital MOREIRA, *Auto-regulação profissional e administração pública*, Almedina, Coimbra, 1997.

lidade como instrumento de financiamento público de políticas económicas e sociais em razão da perda de eficácia da tributação do rendimento, quer das pessoas singulares, quer sobretudo dos rendimentos empresariais, em resultado do princípio da neutralidade fiscal.

É bem certo que o imposto ganha também novas dimensões e características enquanto instrumento de política económica regulatória, mas que não se revelam muito eficazes sob o ponto de vista da receita, em razão da necessidade de compatibilização da tributação com as liberdades económicas dos espaços de integração regional, em especial o Europeu. No essencial, retoma-se a centralidade da função financeira do imposto – resultante do ressurgimento do já mencionado princípio da neutralidade –, enquanto pedra angular da teleologia da tributação, e assiste-se à perda de relevância da sua função de solidariedade e de promoção da coesão social, que caracterizara o período do Estado Constitucional Social⁵.

Esta é uma evolução que, embora originária maioritariamente do contexto de internacionalização e europeização das políticas económicas, não é totalmente alheia à nossa realidade constitucional. Com efeito, a integração europeia e a adesão de Portugal aos acordos OMC teve como corolário a “migração” do centro de decisão de boa parte das questões político-económicas e até de economia social de bem-estar⁶ – um processo que haveria

⁵ As soluções futuras é que divergem substancialmente na doutrina, radicalizando-se o discurso entre aqueles que pretendem um regresso efectivo da progressividade e da unicidade do imposto sobre o rendimento – é o caso de Joseph STIGLITZ, *El precio de la desigualdade. El 1% de la población teine lo que el 99% necessita*, Taurus, Madrid, 2012 – enquanto outros questionam a justiça da progressividade no actual contexto – Rafael CALVO ORTEGA, *Hay un principio de justicia tributaria?*, Civitas, Madrid, 2012 – ou propõem soluções no domínio da *green tax revolution* – Marta VILLAR EZCURRA, *Cambio climático, fiscalidade y energia en los Estados Unidos. Una batería de ejemplos a considerar*, Civitas, Madrid, 2012.

⁶ Neste movimento “migratório” do centro de decisão das políticas económicas e de bem-estar social devemos dar particular ênfase ao papel da União Europeia, que hoje se tornou visível em diversas áreas, incluindo nos cuidados de saúde (Directiva 2011/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 9

de culminar na “decadência” da força activadora das orientações vertidas no art. 104.º da CRP. É de resto no contexto desta evolução que se explica, em nosso entender, o facto de a última revisão constitucional de fundo, que incidiu precisamente sobre a parte económica, ou seja, a revisão de 1997, ter também aberto o leque das categorias tributárias, pondo fim à *visão dicotómica dos tributos* e passando a “acomodar” ao lado dos impostos e das taxas as *demais contribuições financeiras a favor de entidades públicas*.

Recorde-se que a Constituição portuguesa, ao contrário de outras como a chilena e a brasileira, não consagra uma tipologia classificatória das espécies tributárias, mas ao reservar ao parlamento a competência para a criação de impostos e a definição do regime geral das taxas e das demais contribuições financeiras a favor de entidades públicas (art. 165.º/1/i) da CRP) parece impor a recondução de todos os tributos a uma destas três categorias. Isto apesar de a Lei Geral Tributária, por exemplo, ignorar a terceira espécie tributária, não se encontrando, naquele diploma, qualquer referência às demais contribuições financeiras a favor de entidades públicas⁷. Algo que nos vai obrigar, mais à frente, a discutir, por exemplo, a natureza jurídica de outras prestações pecuniárias exigidas pelos municípios.

2. Evolução do financiamento tributário municipal: aspectos gerais

O contexto evolutivo que acabámos de traçar em termos breves e muito gerais tem igualmente reflexos no domínio do financiamento das autarquias locais e, em especial, do financiamento municipal.

de Março de 2011, relativa ao exercício dos direitos dos doentes em matéria de cuidados de saúde transfronteiriços) – sobre o tema v. Stefano GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, il Mulino, Bologna, 2012.

⁷ Circunstância que aliada à pouquíssima relevância autónoma que a mesma lei dispensa à categoria das taxas justifica pôr em causa a sua qualificação como lei “geral e tributária”.

De acordo com o disposto no art. 10.º da actual Lei das Finanças Locais (LFL)⁸, as receitas dos municípios dividem-se em *receitas fiscais*, nas quais se incluem: i) *impostos de receita consignada*, o mesmo é dizer, o produto da cobrança do IMI, do IMT, do IMV, e da parcela do produto do IUC; ii) a derrama municipal; iii) *repartição de recursos públicos*, ou seja, a participação nas receitas dos impostos estaduais, a qual se subsume à *subvenção geral* determinada a partir do Fundo de Equilíbrio Financeiro (FEF), cujo valor é igual a 25,3% da média aritmética simples da receita proveniente dos impostos sobre o rendimento das pessoas singulares (IRS), das pessoas colectivas (IRC) e sobre o valor acrescentado (IVA), à *subvenção específica* determinada a partir do Fundo Social Municipal (FSM), cujo valor corresponde às despesas relativas às atribuições e competências transferidas da administração central para os municípios, e iv) a *participação variável de 5% no IRS*, determinada nos termos do artigo 20.º, dos sujeitos passivos com domicílio fiscal na respectiva circunscrição territorial, calculada sobre a respectiva colecta líquida das deduções previstas no n.º 1 do artigo 78.º do Código do IRS.

A estas somam-se as restantes *receitas tributárias* – designadamente as provenientes da liquidação de taxas –, as *receitas* obtidas a partir da *prestação de serviços* – os preços – e as da rentabilização do património - receitas patrimoniais. Por último, os municípios contam ainda com a possibilidade de recorrer ao endividamento, o que significa que podem também “consumir recursos das gerações futuras”.

Já as freguesias, segundo o art. 17.º da LFL, contam apenas, no âmbito das *receitas fiscais*, com 50 % do produto da receita do IMI sobre prédios rústicos, devendo o restante financiamento ser sustentado através do produto de cobrança de taxas, nomeadamente, das provenientes da prestação de serviços pelas freguesias, do rendimento de mercados e cemitérios das freguesias, do

⁸ Referimo-nos à Lei n.º 2/2007, de 15 de Janeiro, na redacção actualizada pela Lei n.º 22-A/2007, de 29 de Junho, Lei n.º 67-A/2007, de 31 de Dezembro, Lei n.º 3-B/2010, de 28 de Abril, Lei n.º 55-A/2010, de 31 de Dezembro, Lei n.º 64-B/2011, de 30 de Dezembro e Lei n.º 22/2012, de 30 de Maio.

produto de multas e coimas fixadas por lei, regulamento ou postura que caibam às freguesias, do rendimento de bens próprios, móveis ou imóveis, por elas administrados, dados em concessão ou cedidos para exploração, do produto de heranças, legados, doações e outras liberalidades a favor das freguesias, do produto da alienação de bens próprios, móveis ou imóveis e do produto de empréstimos de curto prazo ou ainda de outras receitas estabelecidas por lei ou regulamento a favor das freguesias.

Sobre esta panorâmica geral do *financiamento autárquico* cumpre sublinhar alguns *pontos críticos essenciais*, ainda que, por razões de economia discursiva, como se impõe num trabalho deste tipo, o tenhamos que fazer de forma breve e sintética.

Em primeiro lugar, e uma vez que os municípios se financiam em grande medida à custa da tributação do património, vale a pena destacar alguns dos *inúmeros problemas que esta tipologia de tributação hoje enfrenta*:

- a “reforma da tributação do património” tem proporcionado diversos custos políticos ao Governo, esquecendo os contribuintes que os reais beneficiários dos resultados económicos dessa reforma são os municípios (muito mais até do que as freguesias), o que significa que seria a eles que importaria “pedir contas” sobre a *razão de ser* destes aumentos, pois se, por um lado, a actualização matricial é sinónimo de justiça, por outro, a não redução mais acentuada da alíquota exige, certamente, esclarecimentos;
- a tributação do património imobiliário, tal como se encontra prevista na lei, apresenta diversas fragilidades constitucionais, não sendo possível, desde logo, perceber de que forma é que este imposto hoje contribui para a igualdade entre os cidadãos (art. 104.º/3 da CRP);
- a tributação do património, tal como está concebida, chega mesmo a assumir carácter confiscatório,

pois ao tomar apenas como medida da capacidade contributiva o valor patrimonial tributável do bem, que pode não ter qualquer correspondência com o rendimento (situação económica quotidiana) do seu titular (ex. um desempregado que herda dos pais um imóvel de elevado valor e que não tem outra casa de morada de família), ditará, mais cedo ou mais tarde, a necessidade de aquele ser desapropriado do bem por não conseguir cumprir a obrigação tributária⁹;

- a reforma da tributação do património constituiu uma oportunidade perdida no que respeita à introdução de elementos extrafiscais neste imposto à semelhança do que sucedeu na tributação automóvel, seria possível e desejável fazer variar a tributação em função da eficiência energética dos edifícios (sobretudo das novas construções¹⁰), da utilização (casa morada de família, segunda habitação ou rendimento), contribuindo deste modo para estimular o mercado do arrendamento urbano, e até da loca-

⁹ Uma verificação que, se em si já legitima as dúvidas quanto à bondade constitucional deste imposto, se torna ainda mais evidente quanto atentamos na longa lista de isenções constante dos arts. 44.º a 50.º do Estatuto dos Benefícios Fiscais (EBF), em especial a isenção do art. 49.º do EBF, que isenta daquele imposto os prédios integrados em fundos de investimento imobiliário abertos ou fechados de subscrição pública, em fundos de pensões e em fundos de poupança-reforma, que se constituam e operem de acordo com a legislação nacional. Assim, por exemplo, na actual situação de emergência económico-financeira, um particular pode não resistir e ter que vender o imóvel, também por não conseguir pagar o IMI, ao passo que os Bancos se permitem, a partir da constituição dos fundos, manter fechados enormes quantidades de imóveis novos e controlar o seu preço de mercado, por não terem a obrigação de pagar anualmente os respectivos impostos aos municípios!

¹⁰ Veja-se o exemplo aqui bem perto da Comunidade Autónoma de Bilbao onde se consagra um benefício fiscal que pode ir até uma redução de 50% da quota líquida para os imóveis que tenham instalado um sistema de aproveitamento térmico e eléctrico da energia proveniente do Sol – v. María URIBE GERENDIAIN, «Fiscalidad empresarial y política medioambiental en Bizkaia», *Energía y tributación ambiental*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 192.

lização (podendo tomar-se em conta a distância e as infra-estruturas de transporte colectivo disponíveis para o acesso ao centro da cidade).

Na verdade, a *tributação do património imobiliário* nas cidades compreende-se actualmente como instrumento de obtenção de financiamento para custear a manutenção da cidade – conservação dos pavimentos e das calçadas, limpeza das ruas, conservação de jardins e mobiliário urbano, etc. – e deveria até tomar em consideração (o mesmo é dizer que deveria basear-se numa alíquota variável) a imputação neste tributo de níveis de serviços públicos ou de serviços que beneficiem ou possam vir a beneficiar de apoio financeiro público (ex. serviços culturais, desportivos, sociais, de transportes, etc.) disponibilizados na circunscrição municipal onde se localiza o imóvel¹¹.

De resto, a obtenção de meios financeiros a partir da propriedade imobiliária suscita-nos ainda outras considerações, algumas associadas logo à própria génese da cidade. Neste ponto, não concordamos inteiramente com a posição adoptada anteriormente pela Doutora Fernanda Paula Oliveira, pois, em nosso entender, as “*taxas pela realização, manutenção e reforço de infra-estruturas primárias e secundárias*” e as *compensações devidas ao município* pela não cedência de parcelas não são figuras que se possam equiparar ou mesmo aproximar¹². Se no primeiro caso

¹¹ Em nosso entender, o cálculo do IMI centrado no *valor patrimonial tributário* (calculado a partir, essencialmente, de coeficientes indicativos do seu valor de mercado) e na *variação da alíquota* fixada pelos municípios entre 0.3% a 0.5% não é actualmente adequado a distinguir de forma efectiva o nível de serviços de bem-estar de que beneficia um residente em cidades do interior e um residente em cidades do litoral ou um residente nas cidades e um residente em pequenas povoações. Parece-nos que haveria aqui margem para diferenciações que permitiriam sustentar de forma solidária uma parcela dos *sobrecustos da interioridade*.

¹² Referimo-nos ao art. 44.º (“taxa de compensação”) e ao art. 116.º (“taxa pela realização, manutenção e reforço de infra-estruturas primárias e secundárias”) do Regime Jurídico da Edificação Urbana – RJUE (Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro, na redacção última dada pelo Decreto-Lei n.º 26/2010, de 30 de Março), bem como ao art. 6.º/1/a) da Lei do Regime Geral das Taxas das Autarquias Locais – LRGTL (Lei n.º 53-E/2006, de 29 de Dezembro), que se refere às “taxas de urbanização”, mas não inclui no elenco das taxas municipais as “taxas de compensação”.

estamos claramente, por opção do legislador, perante a figura tributária da taxa¹³, no segundo caso a construção dogmática da figura do “encargo de compensação” pode seguir um de dois caminhos, e nenhum deles é, em nosso entender, o da recondução a uma taxa¹⁴.

Assim, uma primeira hipótese é considerar que estamos perante uma obrigação pecuniária que consubstancia o cumprimento em numerário de um ónus *jurídico*¹⁵, em substituição do cumprimento em espécie, que seria a cedência da parcela de terreno, admitindo ainda o legislador que esse ónus possa ser cumprido mediante outro tipo de prestações em espécie, nos termos que vierem a ser fixados em regulamento municipal¹⁶. Nesta conformidade, a “taxa de compensação” não constitui uma taxa, mas apenas a satisfação de um ónus legal através de uma obrigação pecuniária – o promotor ao lotear está obrigado a prever áreas destinadas à implantação de espaços verdes e de utilização colectiva, infraestruturas viárias e equipamentos, áreas que depois justificarão os casos de cedência gratuita de parcelas de terreno ou o pagamento substitutivo da compensação pela não cedência.

¹³ Em nosso entender, esta não é, sequer, a melhor opção, pois deveria efectivamente autonomizar-se a figura das “taxas urbanísticas”, reformulando-a, para que ficasse claro que se trata de um “encargo” devido pelo aumento do índice de ocupação dos terrenos, de modo a financiar os custos difusos que esse aumento provoca (aproximando-se, por esta via, de uma contribuição financeira e não de uma taxa), evitando-se, assim, os diversos “entorses” que a jurisprudência do Tribunal Constitucional vem criando à categoria dogmática das taxas de modo a “acomodar” formas mais amplas de financiamento municipal a partir deste tributo, designadamente no que respeita ao carácter concreto ou abstracto da contraprestação (Ac. TC n.º 227/2011) e ao momento em que essa contraprestação deve ter lugar (Ac. TC n.º 344/2009).

¹⁴ Não subscrevemos, pois, a posição de José CASALTA NABAIS, «Fiscalidade do Urbanismo», *Actas do I.º Colóquio Internacional – O Sistema Financeiro e Fiscal do Urbanismo (CEDOUA, FDUC, APDU)*, Coimbra, Almedina, 2002, p. 55 e de Fernando ALVES CORREIA, *Manual de Direito do Urbanismo*, Vol. III, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 232

¹⁵ Neste sentido v. Fernando ALVES CORREIA, *Manual de Direito do Urbanismo*, ob. cit., pp. 228.

¹⁶ Cf. art. 44.º do RJUE

Todavia, se a “*taxa*” apenas é devida quando não seja necessária a cedência da parcela do terreno e na medida em que essa cedência não seja integralmente realizada em espécie¹⁷, percebemos que neste caso a prestação pecuniária não está a dar efectivo cumprimento ao ónus – pois a cedência das parcelas de terreno não é necessária para o exercício do direito ao loteamento –, mas sim a assegurar a justa distribuição de benefícios e encargos entre os agentes urbanísticos. Trata-se, pois, de uma contribuição pecuniária *substitutiva* do cumprimento de um ónus legal – para lotear é necessário prever as referidas áreas destinadas à implantação de espaços verdes e de utilização colectiva, infraestruturas viárias e equipamentos em função dos parâmetros fixados pelos regulamentos municipais e depois efectivá-las, seja através de cedências gratuitas para o município (para o domínio público ou privado) das parcelas de terreno correspondentes a essas áreas, seja através da respectiva construção e afectação a partes comuns dos lotes (art. 43.º do RJUE) – e que cumpre, também, uma função de *regulação económica* do aproveitamento urbanístico do solo.

Este enquadramento jurídico da prestação pecuniária que caracteriza a “*taxa de compensação*” pode permitir, de certo modo (posição que podemos aceitar, mas que não subscrevemos), a respectiva recondução à categoria das *contribuições especiais* prevista no artigo 4.º/3 da LGT (e, por esta via, ao regime jurídico dos impostos), na medida em que não seria desrazoável afirmar que a satisfação desta obrigação pecuniária consubstancia uma *compensação pelo benefício* de não haver lugar (por não ser necessário em função dos parâmetros de dimensionamento) à cedência de uma parcela de terreno, a qual se traduz numa especial manifestação da capacidade contributiva decorrente de uma actuação administrativa (dispensa da cedência de parcelas de terreno), que deve ser objecto de tributação.

52

Uma segunda possibilidade, que parece fazer até mais sentido após as soluções consagradas, em 2007, no RJUE - solução em que as cedências podem ser efectuadas para o domínio pri-

¹⁷ Sobre o assunto v. Ac. STA, de 25.06.2009 (Proc. 991/07).

vado do município, que assim vê alargado o seu leque de poderes quanto à exploração económica desses bens - é a de estarmos perante uma *prestação pecuniária reconduzível a uma medida de regulação económica e não perante uma prestação tributária*.

Com efeito, nem todas as prestações pecuniárias devidas às entidades públicas se hão-de reconduzir a tributos, pois este instituto deve estar reservado aos instrumentos cuja finalidade primeira e primacial seja a financeira¹⁸. Sobretudo hoje, quando se generaliza o recurso a instrumentos jurídicos próprios do direito da regulação económica para prosseguir o cumprimento de finalidades de interesse público, assumindo-se o *critério da eficiência* como parâmetro principal de decisão.

Referimo-nos, concretamente: *i)* aos *procedimentos de alocação eficiente de recursos*, em que a adjudicação é determinada segundo procedimentos típicos de mercado, fundados no critério do “*best value for money*” (ex. leilões para a atribuição de licenças de uso do espectro radioelétrico, de licenças de táxis, ou da concessão de linhas de transportes urbanos), onde a receita obtida não tem natureza tributária, uma vez que a sua finalidade não é financeira, e sim regulatória¹⁹; *ii)* ao condicionamento dos preços de bens e serviços adquiridos em mercado através do uso do *poder tarifário* (poder normativo de condicionar a formação de preços de serviços em sectores regulados) a que nos iremos referir mais à frente; *iii)* à imposição de encargos tendo em vista o financiamento de obrigações de serviço público, cuja função não se esgota no desiderato financeiro, antes se aproveitando também

¹⁸ Concordamos, assim, com a posição de César GARCÍA NOVOA, para quem o tributo é ainda uma categoria tipo, cujas características essenciais podem até considerar-se, na senda da doutrina alemã, uma decorrência de “um costume jurídico que cumpre a função de robustecimento do direito constitucional”, e que se reconduzem, essencialmente, às notas de prestação pecuniária, coactiva, incidente sobre factos reveladores de capacidade económica e cuja finalidade seja sobretudo a financeira – *El concepto de tributo*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

¹⁹ Neste sentido v. Ferdinand WOLLENSCHLÄGER, *Verteilungsverfahren*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, pp. 426 e 557; Paul KIRCHHOF, «Nichtsteuerliche Abgaben», Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Tomo V, 3.^a ed., C. F. Müller, Heidelberg, 2007, pp. 1102-1103.

essa intervenção para equiparar as condições económicas dos *players*, como acontece, por exemplo, com o financiamento do serviço público de telecomunicações (*contribuições financeiras de regulação económica*)²⁰; iv) a imposição de encargos financeiros com o exclusivo propósito de equiparar as condições económicas dos *players*, ou seja, em que a função do encargo se esgota na realização do princípio da igualdade perante os encargos públicos.

Assim, a *compensação pela não cedência de parcelas de terreno* consubstancia, nesta acepção, um *encargo pecuniário*, que encontra o seu fundamento no princípio da igualdade perante os encargos públicos, segundo o qual a “construção da cidade” se faz a partir de um encargo geral imposto aos operadores urbanísticos sob a forma de um ónus de previsão de áreas destinadas à implantação de espaços verdes e de utilização colectiva, infraestruturas viárias e equipamentos, que depois justifica as cedências de parcelas de terreno para o domínio municipal no âmbito das operações de loteamento ou a compensação pela não cedência, mas cuja finalidade é essencialmente regulatória, na medida em que a compensação apenas é devida se e na medida em que as cedências de parcelas de terrenos se mostrem desnecessárias ou indesejadas pelo projecto municipal de cidade. Quer isto dizer que o *encargo de compensação* procura promover a *igualdade de condições económicas entre os operadores (players)* de um determinado sector económico (neste caso entre os operadores urbanísticos), no qual as regras de mercado são conformadas normativamente por entidades públicas, de modo a garantir alguns objectivos de interesse público (a qualidade de vida nas cidades), como acontece neste caso com as normas municipais sobre dimensionamento das áreas destinadas à implantação de espaços verdes e de utilização colectiva, infraestruturas viárias e equipamentos.

Em termos dogmáticos, mais uma vez, o *encargo de compensação* não pode reconduzir-se à figura da taxa, nem do impos-

²⁰ Aqui encontramos um tributo que não se esgota na função financeira, antes prosseguindo igualmente uma função regulatória – Cf. art. 97.º da Lei das Comunicações Electrónicas (Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro, na sua redacção actualizada) e art. 5.º/1a) da Lei n.º 35/2012, de 23 de Agosto.

to. Actualmente, como antes explicou a Doutora Fernanda Paula Oliveira, numa posição em que a acompanhamos, a “manipulação” que os municípios podem fazer quanto à necessidade ou não da cedência de parcelas de terreno torna mais frequentes os casos em que não é necessário realizar cedências em espécie, sobretudo para o domínio público ou para a construção de infra-estruturas públicas, o que também não invalida a exigibilidade do *encargo de compensação*, que nesta hipótese continua a ser devido, justificando-se pela mencionada natureza regulatória. A nossa divergência prende-se, portanto, com a qualificação e a natureza jurídica daquela obrigação. Para a autora, a compensação, corresponde a uma “compensação por não cumprimento dos parâmetros”, o que explica que ligue aquela obrigação ao disposto no art. 43.º/3 em articulação com o art. 44.º/4. Em nossos entender, porém, trata-se de um “*encargo para garantir a igualdade na repartição dos encargos públicos perante o ónus urbanístico de cedência de parcelas de terreno para a implantação de espaços verdes e de utilização colectiva, infraestruturas viárias e equipamentos*”, o que significa que deve ser satisfeito, o mesmo é dizer que deve ser paga a compensação, sempre que não tenha lugar aquela cedência, ainda que os parâmetros sejam cumpridos através da afectação de parcelas do lote àquelas finalidades, ficando as mesmas incluídas no lote a título de partes comuns daquele.

Nesta perspectiva, a “taxa de compensação” há-de conceber-se como um mero *encargo urbanístico de natureza regulatória* desprovido de natureza tributária por não ter uma finalidade financeira²¹. Devemos, portanto, enfatizar o *carácter especial do*

²¹ Neste ponto afasta-se das *contribuições financeiras de natureza regulatória*, cujo objectivo é financiar uma determinada actividade – em regra os encargos decorrentes das obrigações de serviço público – aproveitando-se essa finalidade para promover a igualdade de condições económicas entre os operadores no que respeita à sustentação financeiras daquele encargo que deve ser de todos os *players*. É isso que se verifica na *compensação do serviço público de telecomunicações*, onde o encargo é calculado em função do custo da obrigação de serviço público. Neste caso, ao invés, não temos uma função financeira, já que o objectivo exclusivo da taxa de compensação é garantir a igualdade perante os encargos públicos em função dos parâmetros de aproveitamento urbanístico do solo definido pela Administração.

direito do urbanismo e dos instrumentos aí concebidos e utilizados na promoção da eficiência e da igualdade na repartição de direitos e deveres em matéria de aproveitamento urbanístico do solo. Assim se explica, a nosso ver, que o encargo possa ser devido mesmo quando tenha existido uma previsão de afectação de parcelas de terreno àquelas finalidades e as mesmas fiquem integradas no domínio privado, *i. e.*, nas partes comuns dos lotes, pois tudo irá depender da valoração do encargo infligido ao sujeito do ónus da cedência²². Uma interpretação que, a nosso ver, garante a coerência sistémica das normas urbanísticas, neutralizando a interpretação restritiva que muitos autores vêm advogando para o art. 44.º/5 do RJUE²³.

Veja-se que o STA vai provavelmente enfrentar a questão da *natureza jurídica da “taxa de compensação”* na decisão do recurso de revista recentemente admitido e onde se coloca o problema de saber se “o art.º 43.º do RJUE - que impõe a previsão nas operações de loteamento de áreas destinadas a utilização colectiva, infra-estruturas viárias e equipamentos -, se aplica ao loteamento para a construção de um hospital privado”²⁴. Algo que, adiantamos desde já, se nos afigura necessário sempre que

²² Se essa cedência cumpre os parâmetros mas deixa aquele proprietário em situação económica vantajosa relativamente aos restantes por continuar a dispor da mesma área em termos de alienação, percebe-se que, com fundamento no princípio da igualdade perante os encargos públicos (que é medido em valor económico e não em área de cedência), o mesmo possa ainda ter que incorrer no pagamento de um encargo de compensação. Na verdade, e fazendo novamente o paralelo com o texto anterior, teremos aqui dois olhares distintos sobre a mesma realidade, há quem conceba as áreas afectas às partes comuns do lote como uma *despesa acrescida*, e quem, como nós, entenda que estamos perante uma *valorização*, a qual, seguindo a perspectiva económica e regulatória que antes referimos, veja também neste ponto uma causa para a obrigação de compensação.

²³ Em sentido contrário v. Fernando ALVES CORREIA, *Manual de Direito do Urbanismo*, ob. cit., pp. 233; Fernanda Paula OLIVEIRA / M. J. CASTANHEIRA NEVES / Dulce LOPES / Fernanda MAÇÃS, *Regime Jurídico da Urbanização e Edificação Comentado*, 2.ª edição, Almedina, 2009, pp. 329 e Ana MONIZ, «Cedências para o Domínio Municipal: Algumas Questões», *Direito Regional e Local* n.º 4, 2008, pp. 39-31.

²⁴ Cf. Ac. do STA, de 9.01.3012 (Proc. 1447/12).

a construção não cumpra os parâmetros fixados no plano, pois apesar de se tratar de uma infra-estrutura para o uso da população, a verdade é que isso não significa que não seja uma unidade económica privada e que, à semelhança das restantes (ex. escolas privadas, infantários, equipamentos desportivos privados), está subordinada ao princípio da igualdade na contribuição para os encargos públicos em função dos parâmetros de uso e aproveitamento do solo, na medida em que não venha a fazer cedências para o domínio público ou privado do município.

Um segundo ponto a destacar a propósito das receitas tributárias municipais prende-se com o papel das *contribuições especiais*. Com efeito, vale a pena lembrar que as *contribuições especiais*, previstas no art. 4.º da LGT, e que abrangem as tradicionais *contribuições de melhoria* e *contribuições por maior despesa*, mais não são que espécies tradicionais de tributos extraordinários, reconduzíveis aos impostos, cuja receita se destina ao Estado, e que visam dar cumprimento ao *princípio da igualdade perante os encargos públicos*, impondo a “devolução à comunidade” da parcela de enriquecimento (mais-valias) que os titulares dos imóveis obtêm em razão da construção de novas infra-estruturas²⁵, ou das despesas extraordinárias a que deram causa e das quais beneficiaram de forma especial²⁶.

Esta espécie tributária – as *contribuições especiais* –, que encerra níveis de justiça na repartição dos encargos públicos e na promoção da coesão territorial bem mais apropriados do que os impostos, pode e deve ser experimentada e aprofundada no nível municipal²⁷ para o financiamento de infra-estruturas relevantes

²⁵ Sobretudo de infra-estruturas rodoviárias, como tem sido a regra entre nós, que em razão da melhoria das acessibilidades determinam uma valorização patrimonial dos imóveis localizados no seu entorno.

²⁶ É o caso do tradicional encargo por deficiência de estacionamento.

²⁷ Isto sem prejuízo, claro está, da necessidade de uma lei prévia habilitante, de modo a garantir o controlo político das decisões que acarretam encargos tributários novos para os municípios de modo a garantir não apenas o respeito pela dimensão formal do princípio da legalidade fiscal, mas sobretudo o princípio da coerência do sistema tributário.

no domínio desportivo (complexos desportivos), cultural (óperas, teatros, recintos festivos) ou mesmo tecnológico e empresarial (parques empresariais), que proporcionem uma valorização imobiliária (aqui aferida sobretudo como externalidade ao nível do acesso à cultura e ao emprego) a todos os que beneficiem da proximidade a ela.

Ainda no que concerne às potencialidades deste instrumento tributário de financiamento no quadro da sustentabilidade e da responsabilidade dos órgãos políticos do poder local, importa sublinhar que neste tipo de projectos a decisão de construção de uma infra-estrutura em que uma parte do encargo de financiamento é repercutida directamente sobre os munícipes pode beneficiar das novas formas de controlo democrático, como o referendo local, o orçamento participativo e do controlo político de proximidade²⁸.

Em suma, os *custos gerais* da *manutenção* das cidades têm, pois, que passar a financiar-se a partir da *conjugação coerente e sustentada* dos tipos tributários adequados a prestações difusas – impostos sobre o património, contribuições especiais locais e demais contribuições financeiras a favor de entidades públicas – e não a partir de um aumento das taxas, cuja finalidade não pode deixar de ser o financiamento de prestações concretas e individualizadas, como os serviços e a fruição privativa ou especial de bens do domínio público.

Com efeito, a redução das receitas municipais – em especial fruto da redução da própria receita estadual da tributação do rendimento e do consumo, que se reflecte posteriormente na redução do montante das transferências financeiras para os municípios – aliada à imposição de limites mais apertados ao endividamento municipal (o qual deve ficar reservado, como é adequa-

²⁸ Sobre as formas de responsabilidade política, em especial sobre o sentido e alcance da *responsividade* enquanto dever de responder dos representantes perante os legítimos anseios e expectativas dos representados v. Maria Benedita URBANO, *Representação Política e Parlamento - Contributo para uma Teoria Político-Constitucional dos Principais Mecanismos de Protecção do Mandato Parlamentar*, Almedina, Coimbra, 2009.

do, para despesas de investimento produtivo), determina a busca de novas soluções para o financiamento de serviços municipais de manutenção da cidade, em especial daqueles que não são divisíveis e que devem ser suportados pelos respectivos habitantes, como acontece com a iluminação pública, a limpeza das ruas, a recolha de animais abandonados e também, em nosso entender, com o sistema de recolha de resíduos sólidos urbanos, tal como ele se encontra organizado entre nós.

Soluções que hão-de assentar, precisamente, na conjugação (um *mix*) de tributos antes mencionada e não, como parece estar a acontecer, no desvirtuamento da figura das taxas com o exclusivo propósito de aumentar as receitas gerais do município, visível em exemplos recentes como as *taxas de publicidade* ou as *taxas municipais de protecção civil*. Solução que, porém, passará, desde logo, por uma “abertura” para estes novos tributos na tipologia das receitas municipais consagradas na lei das finanças locais, bem como pelo estabelecimento de princípios referentes à sua utilização no contexto da coerência do sistema tributário²⁹.

Uma *conjugação* de instrumentos tributários de financiamento que há-de ser devidamente *fiscalizada* pelas entidades judiciais, seja no momento da consagração normativa, seja posteriormente, já na fase de liquidação dos tributos, mas onde o controlo deve ser efectivo e substancial de modo a evitar que a proliferação de espécies tributárias distintas – indispensável a um aumento da justiça na repartição da conta – se desvirtue e redunde em situações de dupla tributação económica.

3. A extrafiscalidade e as suas dificuldades no contexto da LRGTA

Um ponto especialmente controverso entre a doutrina na evolução recente da tributação prende-se com a admissibilidade

²⁹ Sobre a necessidade de apurar o conceito de taxa como tributo bilateral devido por aproveitamentos individualizados de bens ou serviços no contexto do princípio da coerência do sistema tributário v. o nosso, *As taxas e a coerência do sistema tributário*, 2.^a edição, Cejur, Braga, 2013.

da criação de tributos extrafiscais de natureza comutativa no plano municipal, algo que tenderá a agudizar-se com a necessidade de dar resposta às exigências resultantes de algumas políticas ambientais europeias em matéria, por exemplo, da qualidade do ar nas cidades.

É inquestionável o papel dos municípios na promoção do ambiente urbano, uma das componentes inalienáveis do bem-estar da população, sobretudo da que reside nas cidades. Um papel que se torna mais visível em áreas como a regulação do trânsito e do estacionamento, tendente, desde logo, a eliminar os congestionamentos³⁰, o que nos nossos dias se inscreve no eixo da conjugação das políticas de ambiente e energia, associado à promoção das *cidades inteligentes*³¹.

Mas outros domínios de intervenção vêm igualmente adquirindo especial relevo nesta matéria, como acontece com os denominados *serviços de ecossistema*. Referimo-nos a actuações de entidades públicas ou privadas, destinadas à conservação do ecossistema (algo que abrange realidades tão diversas como operações para evitar cheias ou incêndios, aumentar a eficiência energética, reduzir o consumo de água, manutenção de parques biológicos, plantação de cinturas verdes ou outros sorvedouros de carbono ou minimizadores biológicos de ruído) entendido como activo comunitário (um capital com valor económico). Serviços que devem ser remunerados e cujo financiamento há-de ser suportado por todos os que dele beneficiam³².

³⁰ Sobre a controversa natureza jurídica das “*taxas de congestionamento e acesso às cidades*” a propósito da “*central London congestion charge*” v. Mark BOWLER SMITH, «Towards a classification of the Central London congestion charge as a tax», *British Tax Review*, 2011, n.º 4, pp. 487-508.

³¹ O programa europeu das *smart cities* destina-se a desenvolver um conjunto de novos parâmetros para a organização e gestão das cidades de média dimensão, conjugando os objectivos da competitividade com o desenvolvimento sustentável – v. <http://www.smart-cities.eu/why-smart-cities.html>.

³² Para uma perspectiva geral da questão e das orientações que vêm sendo gizadas no contexto do Programa “*Millenium Ecosystem Assessment*”, promovido desde 2001 sob a égide das Nações Unidas v. <http://www.unep.org/maweb/en/About.aspx>. Sobre o tema, entre nós, v. Alexandra ARAGÃO, «A na-

Entramos aqui no domínio da tributação ambiental, um domínio onde hoje, mais uma vez, se entrecruzam os caminhos do direito e da economia, originando nova área fértil em instrumento de regulação económica. O mesmo é dizer, uma área onde o papel do Estado na interacção com os sujeitos se modifica, passando de um *modelo de tributação* – de arrecadação de receita para o financiamento da promoção de actividades de interesse geral em matéria ambiental – para um *modelo de regulação a partir da tributação* – assente, fundamentalmente, na criação de *tributos pigouvianos*, ou seja, tributos que visam acrescentar ao custo de produção de um bem as externalidades negativas decorrentes do processo produtivo, *i. e.*, o custo social ocasionado pela produção que não é assimilado pelo mercado (ex. o custo associado à poluição do ar ou da água) e que com esta correcção (da “falha de mercado”) torna também mais eficiente o processo produtivo³³ – ou para um *modelo de mercado* – como acontece com o comércio de emissão de licenças.

Todavia, a LRGTAL prevê a possibilidade de serem criadas *taxas “pelas actividades de promoção de finalidades sociais e de qualificação urbanística, territorial e ambiental”* (art. 6.º/1g) e “so-

tureza não tem preço... mas devia. O dever de valorar e pagar os serviços dos ecossistemas», *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda*, disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/>.

³³ A discussão quanto aos efeitos económicos da tributação ambiental é bastante complexa, pois se por um lado se fala em justiça social (ambiental) e em correcção de falhas de mercado que tendem a tornar o processo produtivo mais eficiente por imporem a internalização de todos os custos – v. Cláudia DIAS SOARES, *O Imposto Ecológico - Contributo para o Estudo dos Instrumentos Económicos de Defesa do Ambiente*, Coimbra Editora, 2001 – por outro há quem não deixe de apontar a estes tributos um papel regressivo, penalizador dos que têm menores recursos e por isso menor elasticidade na procura de bens, o que, segundo outros, pode ser compensado através da *consignação da receita* dos impostos ambientais *para fins económico-sociais*, como as políticas activas de emprego (ex. a redução da taxa social única para as empresas), assim se explicando o “sucesso político” desta categoria tributária – v. Andrew LEICESTER «Tributación medioambiental: principios económicos y experiencia en el Reino Unido», *Energía y tributación ambiental*, Marcial Pons, 2013, pp. 29 e ss..

bre a realização de actividades dos particulares geradoras de impacto ambiental negativo” (art. 6.º/2), o que, em nosso entender, se há-de *interpretar em conformidade* com o princípio ambiental (originário do direito europeu) do poluidor pagador e com o carácter bilateral das taxas, o mesmo é dizer que esta “espécie” de taxas apenas pode ser criada sempre que estejamos perante actos individuais geradores de poluição (ex. licenciamentos instituídos com o propósito de criar um mecanismo de controlo ambiental, como é o caso das *taxas pela emissão de licenças especiais de ruído*³⁴) ou como contrapartida de um serviço municipal individualizado destinado à qualificação ambiental, algo que, a atentar nos resultados da experiência comparada, não é tarefa fácil.

Assim, não escondemos a nossa preferência por um sistema de eco-impostos ou de contribuições financeiras ambientais³⁵, em vez de eco-taxas, no contexto do *princípio da coerência do sistema tributário*, desde logo porque nos parece tarefa impossível conciliar o princípio da equivalência – medida da taxa – com a prossecução de finalidades extrafiscais, sem gerar entorses à natureza jurídica da taxa. Pensemos nas *taxas de entrada nas cidades*. Podem estas ser criadas pelo município com fundamento exclusivo na redução dos congestionamentos e na promoção do ambiente urbano, sem uma articulação com a política de transportes

³⁴ Cf., o nosso, *As taxas e a coerência...*, pp. 124.

³⁵ Seguindo, de resto, a orientação alemã de Kirchhof, para quem as “receitas” provenientes da promoção do uso eficiente dos recursos naturais não devem assumir natureza financeira, uma vez que não é essa a finalidade que preside à respectiva criação, o que, em si, é suficiente para pôr em causa a sua natureza tributária – v. «*Nichtsteuerliche Abgaben*», ob. cit., pp. 1103 –, a não ser que, por inexistência de comportamento alternativo mais eficiente, a política que preside à criação daquele tributo tenha uma finalidade de *redução integrada das externalidades*, ou seja, as “receitas” se destinem a investimentos em bens compensatórios (ex. tributação das emissões cujo destino é o investimento em sorvedouros de carbono), caso em que, a cobrança está em regra associada à constituição de um *revolving fund*, assumindo aquela prestação a natureza de tributo, mais concretamente, de uma contribuição financeira extrafiscal (ambiental) – v. o nosso, «Sustentabilidade energética: entre os direitos subjectivos e a juridicização das políticas públicas», disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/>.

a nível intermunicipal e nacional? Parece-nos que não... “*too big to be a local decision*”!

Assim, a nosso ver, o caminho mais correcto, no caso da extrafiscalidade no plano municipal radica nas contribuições financeiras ou nos impostos extrafiscais – consoante se entenda que há ou não vantagem na para-fiscalidade – que assegurem os benefícios do *duplo dividendo*.

4. A privatização no domínio dos serviços municipais e as suas consequências em matéria tributária

Outro ponto onde encontramos algumas dificuldades na actual conformação legal do financiamento das cidades prende-se com o impacto jurídico da *privatização* em geral e dos serviços municipais em especial.

Primeiramente, as *tarefas municipais* alteraram-se em consequência da transformação do Estado prestador³⁶ em Estado incentivador, orientador e garantidor. Uma transformação que exige, desde logo, maior *expertise* dos municípios na concepção, por exemplo, de contratos-programa com empresas concessionárias de serviços de interesse geral. Através daqueles instrumentos o município deve assegurar os princípios do serviço público (universalidade, acessibilidade, continuidade) sem comprometer a estimulação da eficiência das empresas prestadoras, o que significa que as “*transferências financeiras necessárias ao financiamento anual da actividade de interesse geral*” devem ser calculadas de forma a obrigar as empresas ao desenvolvimento de políticas

³⁶ Não cuidaremos nesta sede, por se tratar de uma questão complexa e que carece de uma análise demorada, não compaginável com o contexto da nossa comunicação, do problema do relacionamento entre os serviços municipalizados, as empresas locais e os municípios, no quadro da nova lei que estabelece o regime jurídico da actividade empresarial local e das participações locais (Lei n.º 50/2012, de 31 de Agosto), mas destacamos que se trata de um esforço assinalável para reconduzir a actividade empresarial local a esquemas organizativos mais consentâneos com as “melhores práticas” em termos de *accountability* e de racionalidade no uso dos instrumentos do *new public management*.

de preços das quais decorram receitas operacionais equilibradas, sem comprometer as respectivas missões no contexto da prestação de serviços de interesse económico geral³⁷.

Esta alteração leva à diminuição do leque de serviços a prestar pelo município “em ambiente de serviço público” e com isso “desaparecem” as receitas públicas da sua prestação, mas aparecem novas actividades de fiscalização e inspecção dos agentes económicos que agora prestam aqueles serviços “em ambiente de mercado”. Tarefas que têm que ser financiadas, questionando-se se devem ou não ser instituídos *novos tributos*, sobre os agentes económicos para financiar essas actividades. Um problema que até aqui não tinha ainda sido trabalhado, talvez por se confiar que todos estes “esquemas de privatização” repousariam na figura da concessão e que a *renda* daquela proporcionaria receitas adequadas. Algo que hoje já não acontece e que explica a necessidade de instituição das *contribuições financeiras para-fiscais* (tributos destinados a financiar os custos de funcionamento geral destas entidades), que garantam o financiamento da actividade de regulação, sobretudo quando aquela tarefa fique a cargo de uma agência independente (ex. no sector dos transportes).

Uma questão – a da necessidade de instituição de novos tributos para financiar estas novas actividades - que também se coloca no contexto da *desmaterialização dos procedimentos e dos actos*, pois a desburocratização não significa desregulação e desregulamentação, mas apenas uma diferente forma de abordagem do controlo administrativo das actividades privadas mais consentânea com as exigências da competitividade económica, à qual deve corresponder, também, uma nova forma de financiamento.

Em segundo lugar, a *modificação das tarefas* e a respectiva privatização tem igualmente consequências ao nível da *qualificação das receitas*. Regista-se a modificação do contexto de serviço público prestado por entidades públicas mediante o pagamento de uma taxa (serviço de autoridade) ou preço público (serviço de mercado), para o contexto de mercado privado e a prestação por

³⁷ Art. 47.º da Lei n.º 50/2012.

empresas subordinadas ao direito comercial, que cobram preços. Esta modificação coloca o problema de saber se ainda é possível recorrer ao processo de execução fiscal (*ex vi* o disposto no art. 148.º do CPPT) para exigir o pagamento coercivo das quantias em dívida ou se estas apenas podem ser cobradas no âmbito do processo executivo geral, com uma significativa perda de eficácia na arrecadação da receita e um aumento de dispêndio nessa cobrança. Uma questão a que o STA foi chamado a dar resposta em sede de reenvio prejudicial do TAF de Braga, recurso que foi admitido, numa decisão em que o tribunal sublinha a divergência de posições quanto à natureza jurídica destas prestações³⁸.

Com efeito, a passagem dos serviços municipais para contexto de mercado, sobretudo quando estamos no domínio dos serviços de interesse económico geral, revela bem a *transformação* que se opera no domínio financeiro, em que passamos de um *serviço público*, pelo qual os utentes pagam um *preço público* (preço fixado pelas entidades públicas ainda que segundo critérios de mercado) ou uma *tarifa em sentido tradicional* (um valor fixado unilateralmente por um serviço onde não existia mercado e por isso não era possível falar em preço público, mas em que a Administração na sua fixação se deveria guiar por critérios de economia e eficiência e não meramente pelo princípio da equivalência jurídica, como nas taxas), para um *serviço de interesse económico geral*, em que os utentes pagam um *preço de mercado* (preço privado). Um preço cuja natureza jurídica privada se não altera pela circunstância de este não se formar livremente a partir do encontro entre a oferta e a procura, mas sim em função do exercício de um *poder de regulação económica*, ou seja, de acordo com os critérios de eficiência fixados pela entidade pública encarregada da regulação económica do sector – em outras palavras, em observância pelos parâmetros determinados pelo *poder tarifário* exercido pelas entidades administrativas³⁹.

³⁸ Cf. Ac. do STA de 2.5.2012 (Proc. 15/12).

³⁹ O *poder tarifário* é um poder de regulação económica, que em regra se traduz numa meta-regulação (regras sobre procedimentos), quer das remunerações das empresas que operam em actividades que não estão em regime de concorrência ou

5. Novas exigências em matéria de financiamento municipal

Por último, impõe-se, ainda, que dediquemos algumas considerações breves aos novos desafios do financiamento municipal, no que concerne, sobretudo, à manutenção das cidades enquanto comunidades político-económicas locais.

Um ponto essencial que parece resultar da actual crise económico-financeira é a inevitabilidade na *alteração da fonte primordial do financiamento municipal*, que tenderá a abandonar “o betão” e a construção da cidade (as receitas deixarão de estar tão centradas nas “taxas urbanísticas” em sentido amplo) e a centrar-se sobretudo nos serviços e no cuidado das pessoas – algo que qualificamos como perspectivas para o financiamento municipal na “era pós-betão”.

A *gestão autárquica* deixará de estar centrada na rendibilização do solo municipal a partir do poder de determinação do seu uso e aproveitamento, e passará a concentrar-se na assistência aos munícipes, respondendo a exigências mais prementes da proximidade como o *envelhecimento* ou a *pobreza*. Uma modificação que não pode ser entendida como uma novidade ou uma revolução no contexto das atribuições e das competências dos órgãos do poder local, mas que exigirá, certamente, um olhar diferente para as suas fontes de financiamento e para os princípios que as regem.

Recorde-se que das dezasseis atribuições enumeradas no art. 13.º da Lei n.º 159/99, de 14 de Setembro, cinco são áreas de acção social (educação, saúde, acção social, habitação, ambiente e saneamento básico e tempos livres e desporto) e três são áreas económicas hoje privatizadas e/ou de regulação económica (é o

caso dos transportes, das comunicações e da energia). Um quadro que aparecia substancialmente modificado no “Novo Regime Jurídico das Autarquias Locais” – Decreto n.º 132/XII –, onde a enunciação de atribuições dava lugar a uma formulação genérica: “a promoção e salvaguarda dos interesses próprios das respectivas populações”.

A solução preconizada pelo referido diploma, baseada num regime de delegação de competências assente em contratos inter-administrativos, foi considerada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 296/2013, que entendeu existir aqui uma violação do artigo 111.º/2 da CRP, ou seja, considerou que não estava cumprido o requisito constitucional de exigência de um mínimo de densificação legal na habilitação do poder de delegação (défice de concretização legal).

Não acompanhamos esta decisão por entender que os seus pressupostos fundamentadores se afastam, a nosso ver, das mais recentes orientações doutrinárias (e também jurisprudenciais⁴⁰) em matéria de *boa gestão de políticas públicas*⁴¹, área onde hoje se assiste, como sublinha o Conselheiro Vítor Gomes na respec-

⁴⁰ Veja-se, por exemplo, em matéria de regulação de energia eléctrica, a sensibilidade revelada pelo Tribunal Constitucional Italiano em relação à necessidade de “prevalência” da unidade económica da política sobre o leque de atribuições e competências das Regiões, podendo inferir-se da leitura de diversas decisões que sendo o “sistema eléctrico” uma unidade funcional relativamente à qual compete ao Estado e o ao Governo assegurar o seu bom funcionamento, têm de considerar-se inconstitucionais as medidas legislativas regionais que consubstanciem um obstáculo à realização daquela finalidade, ainda que as mesmas apareçam fundadas no poder legislativo regional – v. Sentença n.282/09 e Sentença n.124/2010, sobre a análise destas decisões Marinella DE FOCATIIS, «Il Sindicato della Corte Costituzionale sulle Decisioni di Politica Energetica Italiana: Nuovi Spazi per il Mercato e per la Libertà d’Impresa?», *Politica Energetica, Regolazione e Mercato*, Giuffrè Editore, 2012 pp. 43ss. e CUOCOLO, *Le energie rinnovabili tra Stato e Regioni, Un equilibrio instabile tra mercato, autonomia e ambiente*, Giuffrè Editore, 2011.

⁴¹ Sobre o tema dos novos desafios e enquadramentos normativos da gestão/condução de políticas políticas hoje v. , por todos, Andreas VOSSKUHL, «Neue Verwaltungswissenschaft», Hoffmann-Riem/Schmidt-Assmann/Voskuhle, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, II, 2.ª ed., Beck, München, 2012.

tiva declaração de voto que acompanha o mencionado aresto, “a zonas de confluência do poder central e do poder local”. Nesta medida, subscrevemos os argumentos aduzidos pelo Conselheiro Pedro Machete, também em declaração de voto que acompanha o acórdão em referência, considerando que a solução preconizada pelo legislador no Decreto n.º 132/XII apresenta uma “habilitação legal suficiente para o Governo delegar as competências administrativas que lhe sejam legalmente atribuídas” e que “a concretização da ‘delegação’ por via de contrato interadministrativo garante, por outro lado, a salvaguarda dos interesses relevantes de ambos os contraentes públicos, incluindo o da unidade de acção administrativa”. Argumentos a que aduzimos ainda: o da maior racionalidade que uma tal solução permitiria alcançar em matéria de prossecução de atribuições e competências no plano municipal, bem como o da racionalização de certas opções em matéria de sustentabilidade na territorialização de políticas em áreas como a saúde, o ambiente, a educação ou mesmo os serviços de transportes.

Neste ponto, e mais vez porque assim o impõe a economia deste escrito, limitamo-nos a destacar duas questões: o *princípio da subsidiariedade e da coordenação* entre as finanças locais e as finanças do Estado em matéria de territorialização de políticas e o *princípio da autonomia financeira*.

Quanto ao primeiro ponto, importa essencialmente não esquecer que a tão anunciada reorganização das funções do Estado deve ser acompanhada de uma discussão fundamentada sobre as vantagens e as desvantagens da *territorialização* de certas políticas sociais, em particular na área da saúde e da educação. Algo que não poderá deixar de ser complementado por um *esquema responsivo de alocação das receitas tributárias*, acompanhado de um rigoroso controlo financeiro e de eficiência da despesa, que neutralize a qualidade da resposta dos serviços em consequência de despesas desproporcionadas no domínio da organização burocrática daqueles. Uma reforma onde é necessário otimizar e pôr em funcionamento as boas práticas da *nova gestão pública*, desde o domínio da *e-administration* até à forma de remuneração dos agentes.

Já no que tange à *autonomia financeira das autarquias locais*, constitucionalmente consagrada⁴², importa lembrar que a mesma não é um poder absoluto, o que significa que está subordinada a limitações decorrentes da sua conformação legislativa⁴³, seja no domínio fiscal (ex. tributação do património), seja no domínio tributário (ex. na modulação do regime jurídico de alguns tributos bilaterais, como acontece com a taxa municipal de direitos de passagem⁴⁴). Todavia, este poder de modulação legislativa deve ser neutralizado sempre que a intervenção do legislador afecte de forma desproporcionada e desrazoável a receita municipal.

Uma desproporção que só se tornará verdadeiramente compreensível se entretanto a doutrina e a jurisprudência fizerem também um esforço sério por captar a nova realidade financeira, traçando as diferenças dogmáticas entre as diversas categorias

⁴² Veja-se a interessantíssima exposição sobre a memória histórica da consagração deste “poder” na Constituição e o seu sentido a partir desse testemunho, quase a conduzir-nos a uma “interpretação autêntica” da expressão, em BARBOSA DE MELO, «O poder local na constituição da república portuguesa em 1976», *30 anos do poder local na constituição da república portuguesa em 1976*, Coimbra Editora, 2007, pp. 10-27.

⁴³ Questão que surge com frequência na jurisprudência do Tribunal Constitucional e que deve ser apreciada segundo as directrizes do *princípio da proporcionalidade* e da *razoabilidade* nas suas diversas cambiantes impostas pelo novo enquadramento do poder público e do governo das políticas – v. o nosso, «*O tetralemma* do controlo judicial da proporcionalidade no contexto da universalização do princípio: adequação, necessidade, ponderação e razoabilidade» (em publicação no Boletim da FDUC).

⁴⁴ Este é, porém, um exemplo que não consideramos particularmente feliz, pois a intervenção moduladora do poder legislativo apresenta diversas dimensões que não são aparentemente razoáveis, quer quando impõe que o tributo seja suportado pelos consumidores finais dos serviços e não pelos operadores (aqueles que efectivamente fazem um aproveitamento económico do uso do subsolo municipal, ou seja, os titulares dos direitos de passagem), quer quando impede que sejam cobrados outros tributos às empresas de rede pelo aproveitamento económico que estas fazem do subsolo municipal, permitindo que a exploração económica daquele bem municipal seja então realizada pelas empresas que são titulares de infra-estruturas de rede (condutas e postes onde se instalam as redes) e que as explorem economicamente em ambiente de mercado, segundo preços orientados para os custos cf. art. 19º/1 do Decreto-Lei nº 123/2009, de 21 de Maio na redacção dada pelo Decreto-Lei nº 258/2009 de 25 de Setembro.

tributárias – impostos, contribuições especiais, contribuições financeiras e taxas⁴⁵ – e entre estas e as novas formas de receitas administrativas, com especial destaque para as que resultam da regulação económica e das novas formas de administração. Este é, acreditamos nós, um caminho que deve ser trilhado pelas autarquias na busca de novas receitas financeiras.

A necessidade de esclarecer aquelas fronteiras tenderá assim a agudizar-se à medida que os procedimentos tradicionalmente assentes no sistema de *command and control* e na emanação de actos de autoridade venham a dar lugar a procedimentos típicos de esquemas de mercado, como a negociação (*trading*), o plafonamento e negociação (de *cap and trade*) a alocação eficiente de direitos (*leilões*), a incentivação financeira, etc., onde os agentes económicos devem efectuar certos tipos de prestações pecuniárias que não se reconduzem a nenhuma categoria tributária, mas que também se não integram no domínio tradicional da actividade administrativa⁴⁶.

A reforma do financiamento que aqui antevemos envolve também uma maior participação dos cidadãos, o que pode constituir uma oportunidade de reinventar e aproveitar a cidade também como comunidade política.

⁴⁵ Mesmo neste domínio é possível introduzir algumas modificações no sentido de otimizar a receita com recurso a critérios de mercado, como propõe recentemente a doutrina alemã ao sugerir a introdução de critérios de mercado na formação do valor das taxas – um critério que poderá complementar os resultados do estudo económico-financeiro que hoje necessariamente fundamenta a fixação do valor das taxas (art. 8.º/2/c) da LRGTAL) – dando como exemplo os serviços funerários – v. Erik GAWEL, «Gebührenfinanzierung im Wettbewerb», *Die Verwaltung*, 2011, pp. 327ss.

⁴⁶ Os exemplos entre nós deste tipo de prestações pecuniárias são hoje já muito variados e no plano municipal destacamos a conveniência da modificação para procedimentos de leilão dos procedimentos de atribuição de licenças municipais para táxis. Neste caso, o pagamento que o taxista efectua para obter a licença há-de qualificar-se como *encargo pecuniário regulatório*, desprovido de natureza tributária.

Pagar a Conta da Reabilitação Urbana

Diogo Duarte de Campos

Assistente da FDUC

1. Introdução; 2. As Principais alterações ao Regime; 2.1. A Criação de uma Área de Reabilitação Urbana; 2.2. O procedimento simplificado de comunicação prévia; 2.3. Operações isoladas de reabilitação urbana; 3. Os Benefícios Fiscais; 3.1. Introdução; 3.2. Benefícios fora do Estatuto dos Benefícios Fiscais; 3.2. Benefícios previstos no Estatuto dos Benefícios Fiscais

1. Introdução

Por razões várias, a reabilitação tem estado no centro das decisões políticas¹ e, consequentemente, tem vindo a merecer a

¹ Cfr. Resolução do Conselho de Ministros n.º 20/2011, de 17 de Março de 2011.

atenção quer do Legislador² quer da Doutrina³, tendo esta matéria, aliás, merecido, também, a atenção dos credores externos de Portugal, no comummente denominado “Memorando da Troika”⁴.

A reabilitação urbana tem vindo a granjear interesse por uma miríade de razões: seja o interesse social e cultural⁵ na reabilitação dos centros urbanos, seja o interesse económico na reabilitação das cidades, enquanto alternativa à construção nova e à expansão para a periferia, sejam todas as razões urbanísticas inerentes a esta nova realidade⁶. Também do ponto

² O qual, ainda recentemente, alterou o regime jurídico da reabilitação urbana, por intermédio da Lei n.º 32/2012, de 14 de Agosto.

³ Ainda recentemente, Fernanda Paula OLIVEIRA e Dulce LOPES «As recentes alterações ao regime jurídico da reabilitação urbana», *Direito Regional e Local*, n.º 19 Julho/Setembro de 2012; Diogo Duarte de CAMPOS «Escolha da Entidade Gestora e Benefícios Fiscais», *Estudos em Homenagem Ao Prof. Doutor Aníbal de Almeida*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012; Fernanda Paula OLIVEIRA, Dulce LOPES e Cláudia ALVES, *Regime jurídico da Reabilitação urbana* Anotado, Almedina, Coimbra, 2011; Fernanda Paula OLIVEIRA, *Novas Tendências do Direito do Urbanismo - de um urbanismo de expansão e de segregação a um urbanismo de contenção, de reabilitação urbana e de coesão social*, Almedina, Coimbra, 2011; AA. Vv., *O Novo Regime da Reabilitação Urbana*, Temas CEDOUA, Almedina, Coimbra, 2010; João Paulo ZBYSEWSKI, *Regime Jurídico da Reabilitação Urbana - Anotado e Comentado*, Quid Júris, Lisboa, 2010. Especificamente quanto ao adequado crescimento das cidades veja-se Carla FERREIRA MACHADO «Operações Urbanísticas - com ou sem cedências? - o contributo das cedências para o adequado crescimento das cidades», *Estudos de Direito Público*, Coleção PLMJ IV, Coimbra Editora, Coimbra, pág. 317 a 407.

⁴ Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica, assinado a 17 de Maio de 2011, cuja tradução para o português se encontra disponível, por exemplo, no sítio:

http://economico.sapo.pt/public/uploads/memorando_troi-ka_23-05-2011.pdf

⁵ Sobre este aspecto veja-se Suzana TAVARES DA SILVA «Reabilitação Urbana e Valorização do Património Cultural - dificuldades na articulação dos regimes jurídicos» in *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol LXXXII, 2006, pág. 349 a 389

⁶ Sobre este aspecto veja-se Fernanda Paula OLIVEIRA, *Novas Tendências do Direito do Urbanismo - de um urbanismo de expansão e de segregação a um urbanismo de contenção, de reabilitação urbana e de coesão social*, Almedina, Coimbra, 2011.

de vista jurídico, a reabilitação urbana tem bastante interesse, destacando-se o seu ecletismo que impõe a afectação de recursos de múltiplas áreas, sobretudo dentro do direito público, mas também do direito privado.

Com efeito, bastará não mais do que uma leitura atenta da Resolução do Conselho de Ministros n.º 20/2011, de 17 de Março de 2011 para se perceber que uma política integrada de reabilitação urbana implicará que o intérprete mobilize, pelo menos, o armamento próprio do direito administrativo (desde logo decorrente da necessária simplificação de procedimentos administrativos), mas também do direito civil (designadamente, ao nível da cessação do contrato de arrendamento e das matérias condominais), mas também se impõe ao intérprete que esteja devidamente apetrechado ao nível do direito financeiro⁷ (desde logo com vista à utilização eficiente dos fundos comunitários disponíveis⁸).

Assim, facilmente se percebe que o tratamento unitário da reabilitação urbana constitui tarefa hercúlea, insusceptível, pela sua própria natureza, de se conter dentro desta missão.

Assim, decidimo-nos focar em duas questões apenas: por um lado, centraremos a nossa atenção nas recentes alterações ao Regime Jurídico da Reabilitação Urbana, focando a nossa atenção em três pontos essenciais, a saber: (i) criação e delimitação de uma Área de Reabilitação Urbana; (ii) o novo procedimento simplificado de comunicação prévia e, finalmente, (iii) sobre as operações isoladas de reabilitação urbana.

⁷ Note-se que de acordo com os artigos 74.º a 76.º do Regime Jurídico da Reabilitação Urbana, quer os Estados quer os Municípios poderão conceder apoios financeiros à reabilitação urbana, salientando-se, ainda, que, em determinados casos, as entidades gestoras poderão contrair empréstimos de médio e longo prazo sem que estes relevem para o montante da dívida do Município.

⁸ De entre os fundos disponíveis o mais relevante será o representado pela iniciativa JESSICA (*Joint European Support for Sustainable Investment in City Areas*), tendo em sua execução sido criados, em 11 de Outubro de 2011, três fundos de desenvolvimento Urbano (FDU) dos quais se espera uma grande desenvolvimento da reabilitação urbana.

Após aquela primeira parte de pendor claramente administrativo e com questões específicas de urbanismo, centraremos, por outro lado, a nossa atenção nos benefícios fiscais especificamente previstos para a reabilitação urbana, sobretudo relativos ao património, isto é, focar-nos-emos nas eventuais isenções em sede de Imposto Municipal sobre Imóveis (doravante, abreviadamente, “IMI”) e de Imposto Municipal sobre Transacções Onerosas de Imóveis (doravante, abreviadamente, “IMT”). Sem prejuízo, não deixaremos, também, de analisar as vantagens quer em sede de Imposto sobre o Valor Acrescentado (doravante, abreviadamente, “IVA”) quer decorrentes da constituição de um fundo de investimento imobiliário.

2. Alterações ao Regime Jurídico da Reabilitação Urbana

Como se referiu a Lei n.º 32/2012, de 14 de Agosto procedeu à primeira alteração do Regime Jurídico da Reabilitação Urbana (“doravante, simplesmente, “RJRU”) que foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 307/2009, de 23 de Outubro. A revisão ora efectuada, incluída na revisão mais ampla do arrendamento, não procedeu a uma revisão integral, profunda e sistemática do Regime Jurídico da Reabilitação Urbana (nem, porventura, tal intervenção se justificaria), sendo o seu declarado propósito, como decorre do artigo 1.º da Lei n.º 32/2012: *“a agilizar e a dinamizar a reabilitação urbana, nomeadamente:*

a) Flexibilizando e simplificando os procedimentos de criação de áreas de reabilitação urbana;

b) Criando um procedimento simplificado de controlo prévio de operações urbanísticas;

c) Regulando a reabilitação urbana de edifícios ou frações, ainda que localizados fora de áreas de reabilitação urbana, cuja construção tenha sido concluída há pelo menos 30 anos e em que se justifique uma intervenção de reabilitação destinada a conferir -lhes adequadas características de desempenho e de segurança.”

Serão esses, pois, os três pontos que analisaremos de seguida.

2.1 A Criação de uma Área de Reabilitação Urbana

A primeira grande novidade introduzida pela Lei n.º 32/2012 prende-se, como decorre do novo artigo 7.º do RJRU, com a possibilidade de separação da operação de delimitação de uma área de reabilitação urbana daquela outra operação de aprovação da concreta operação de reabilitação urbana, a qual deverá ser aprovada nos três anos subsequentes, sob pena de caducidade, como estipula o artigo 15.º do RJRU.

Pese embora nos pareça que a solução seja de aplaudir, na medida em que dissociando os dois momentos se permite que um Município não tenha que esperar pela conclusão de todos os instrumentos inerentes à aprovação da concreta operação de reabilitação urbana para delimitar a mesma, permitindo-se, assim, que os particulares saibam, antecipadamente, qual a área que no futuro será intervencionada e possam, eles próprios, intervir nos edifícios de que sejam proprietários (o que é especialmente relevante na reabilitação urbana onde responsabilidade públicas e privadas se entrecruzam), a verdade é que a solução legal poderá levantar alguns problemas.

Com efeito, a delimitação de uma área de reabilitação urbana, nos termos do artigo 14.º do RJRU, tem os seguintes efeitos:

“a) Obriga à definição, pelo município, dos benefícios fiscais associados aos impostos municipais sobre o património, designadamente o imposto municipal sobre imóveis (IMI) e o imposto municipal sobre as transmissões onerosas de imóveis (IMT), nos termos da legislação aplicável;

b) Confere aos proprietários e titulares de outros direitos, ónus e encargos sobre os edifícios ou frações nela compreendidos o direito de acesso aos apoios e incentivos fiscais e financeiros à reabilitação urbana, nos termos estabelecidos na legislação aplicável, sem prejuízo de outros benefícios e incentivos relativos ao património cultural.”

Ora, embora a solução seja, uma vez mais, de aplaudir, porquanto, termina com uma prática, aliás, altamente criticável

de negociação de benefícios fiscais caso a caso, para cada promotor, obrigando, desde logo, os Municípios a definirem, com rigor, um regime geral dos benefícios que estão disponíveis a atribuir para que os particulares, pelos seus próprios meios, levem a cabo operações de reabilitação urbana (que são (também) de interesse público), o facto de estas áreas, *recitus*, da delimitação daquelas áreas enquanto Áreas de Reabilitação urbana, poderem caducar no futuro, por mera inércia das entidades públicas, levantará – ou poderá levantar – problemas de difícil resolução, no que tange a operações em curso pelos particulares.

Embora seja difícil antecipar todos os potenciais problemas futuros, sempre se dirá que a caducidade de uma área de reabilitação urbana não deverá influenciar ou prejudicar os apoios e incentivos fiscais ou financeiros já recebidos pelos particulares. Ou seja, parece ser, desde logo, de rejeitar qualquer interpretação que impusesse um dever de restituição de benefícios fiscais recebidos em função de uma determinada área ter sido delimitada como de reabilitação urbana e ter deixado de o ser.

Mais difícil será a hipótese de a meio de um ano caducar a delimitação de uma área de reabilitação urbana e se encontrarem em execução projectos de reabilitação: continuará o proprietário a poder contar com eventuais isenções de taxas (por exemplo por uma licença de construção já requerida mas ainda não obtida) ou de IMI (que apenas é liquidado no final do ano)? Ou como deverá ser liquidado o respectivo IVA, no caso de até esse momento o proprietário beneficiar de uma taxa de IVA reduzida, precisamente por o imóvel se encontrar numa área de reabilitação urbana?

Mais problemático, ainda, será saber se a caducidade de uma área de reabilitação urbana por inércia do Município na aprovação da concreta operação de reabilitação não o poderá constituir no dever de indemnizar. Embora as circunstâncias de cada caso concreto lhe possam – e devam – ditar a sua sorte, estamos, tipicamente, a pensar no investidor que, por exemplo, adquiriu edifícios (muitas incentivado pelo próprio Município) para reabilitar dentro área de reabilitação urbana enquanto esta ainda se

encontrava em vigor, mas que apenas inicia as obras após a mesma já ter caducada, não podendo, por isso, aceder aos benefícios expectáveis. Parece-nos claro que, em casos destes não se poderá excluir o dever indemnizar do respectivo Município.

Em síntese, embora seja de aplaudir a solução quer de dissociação das operações de delimitação de uma área de reabilitação urbana e a aprovação da concreta operação, quer a obrigatoriedade de definição, *ab initio* dos concretos benefícios fiscais a que os particulares poderão aceder, a estipulação de um prazo de caducidade no caso de não aprovação da concreta operação de reabilitação, sem salvaguarda de posições e de expectativas jurídicas, poderá levantar problemas delicados do ponto de vista jurídico, bem como contingências que não serão de menorizar.

Por último, sublinhe-se, por um lado, que a competência para a delimitação de uma área de reabilitação urbana é da Assembleia Municipal, sob proposta da Câmara Municipal, devendo conter os seguintes documentos (i) memória descritiva e justificativa, que inclui os critérios subjacentes à delimitação da área abrangida e os objectivos estratégicos a prosseguir; (ii) planta com a delimitação da área abrangida; (iii) O quadro dos benefícios fiscais associados aos impostos municipais, nos termos da alínea a) do artigo 14.º. Por outro lado, embora a proposta aprovada deva ser publicada através de aviso publicado na 2.ª série do Diário da República (bem como, remetido ao Instituto da Habitação e da Reabilitação Urbana, I.P.), a verdade é que o mesmo não se encontra sujeito a discussão pública.

Fernanda Paula OLIVEIRA e Dulce LOPES⁹, aventam como justificação para essa decisão do legislador, na medida em que essa fase não se encontra prevista na lei, *“porque da mera delimitação da área não resultar directamente a afectação negativa da esfera jurídica dos proprietários abrangidos (pelo contrário, daquela delimitação apenas resultam benefícios)”*. Embora, obviamente,

⁹ Fernanda Paula OLIVEIRA e Dulce LOPES “As recentes alterações ao regime jurídico da reabilitação urbana” in *Direito Regional e Local*, n.º 19 Julho/Setembro de 2012, pág. 15.

se concorde com a conclusão de que a delimitação não afecta os direitos dos proprietários abrangidos, o facto de lhes conferir direitos – desde logo, de aceder a benefícios fiscais – coloca estes proprietários numa situação de benefício em relação aos demais (como, aliás, as referidas Autoras reconhecem), pelo que, porventura, se justificaria a sujeição da delimitação de uma área de reabilitação urbana a discussão pública (decisão, aliás, que embora não seja imposta também não é impedida pela lei em vigor).

2.2. O procedimento simplificado de comunicação prévia

A segunda grande modificação – possivelmente aquela que mais importância prática terá – consiste na criação de um procedimento simplificado de comunicação prévia, constantes da nova subsecção II, da secção de Controlo das operações urbanísticas e a que correspondem os artigos 53.º-A a 53.º-G.

Em todo o caso e um pouco contraditoriamente com o que se afirmou acima, convém deixar claro que este novo regime simplificado de comunicação prévia não se aplica a todas as operações urbanísticas a que seria aplicável, nos termos do Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação a comunicação prévia, mas apenas àquela em que aquele pressuposto se encontre verificado e as “*operações urbanísticas de reabilitação urbana de edifícios ou fracções [sejam] conformes com o previsto em plano de pormenor de reabilitação urbana.*”

Com efeito, sabendo-se que grande parte das operações de reabilitação urbana são aprovadas por intermédio de instrumento próprio e não de plano pormenor, deixar-lhes-á de ser aplicável o regime simplificado de controlo urbanístico que, expressamente, se pensou para os casos de reabilitação urbana, o que não parece fazer sentido.

Poder-se-á, naturalmente, argumentar, como fazem Fernanda Paula OLIVEIRA e Dulce LOPES¹⁰ que tal facto se deveu à

¹⁰ Fernanda Paula OLIVEIRA e Dulce LOPES “As recentes altera-

“preocupação de apenas sujeitar a este procedimento as situações em que, de forma clara e evidente, as regras estão todas definidas de antemão com precisão, respeitando-se, assim, a lógica inicial do âmbito de aplicação deste procedimento de controlo preventivo”. Em todo o caso, tal como as referidas Autoras sublinham não nos chocaria que todas as operações sujeitas a comunicações prévia fossem incluídas, ainda que tal decisão acarretasse alguns risco em operações urbanísticas mais relevantes como as demolições. Com efeito, parece-nos, por um lado, que a razão de ser deste instrumento é precisamente, tornar a reabilitação urbana mais célere e flexível do que o controlo urbanístico dito normal, desviando-se, deste modo, recursos para esta tarefa. Se a tal regime tem uma aplicabilidade meramente residual parece óbvio que tal objectivo não se cumpriu. Por outro lado, parece-nos que a especial atenção que os poderes públicos geralmente concedem às áreas de reabilitação urbana facilmente dissipariam os riscos acima referenciados.

Como temos vindo a referir uma das ideias força do actual regime jurídico da reabilitação urbana consiste na introdução de um procedimento simplificado de comunicação prévia, pelo que se impõe o seu cotejo com aqueloutro previsto no RJUE, a saber:

Em primeiro lugar, em termos meramente orgânicos, prevê-se a possibilidade de os Municípios criarem um unidade orgânica flexível, especificamente responsável pela tramitação dos processos simplificados de comunicação prévia, pretendendo-se, no fundo, criar uma género de via verde para estes processos, contornando-se, deste modo, aqueles que se encontrem pendentes;

As comunicações prévias são sempre apresentadas perante o Município – ainda que este as devolva, depois, para a entidade gestora por meios electrónicos. A este propósito deve-se esclarecer que apesar de o artigo 53.º-D do RJRU prever que a comunicação prévia deverá obedecer a um específico modelo aprovado por Portaria, tanto quanto é do nosso conhecimento, esta ainda não foi dada à estampa;

São dispensadas as consultas e a solicitação de qualquer parecer, autorização ou aprovação a entidades externas ou a serviços da organização autárquica municipal, sendo que se o Município, sempre a título facultativo, o pretender fazer, tal pedido não suspende o prazo que esteja em curso¹¹;

O prazo para rejeição da comunicação prévia é de 15 dias, por oposição ao prazo de 20 dias previsto no artigo 36.º do RJUE, ao que acresce o facto de expressamente se ter previsto a fase de audiência dos interessados, caso a entidade pública pretenda rejeitar a comunicação em causa;

Por último, o artigo 53.ºF prevê um especial regime¹² de protecção do existente, nos seguintes termos:

“Quando o técnico autor do projeto legalmente habilitado declare, através de termo de responsabilidade, que a desconformidade com as normas em vigor não é originada nem agravada pela operação de reabilitação urbana ou que esta melhora as condições de segurança e de salubridade da edificação, e ainda que são observadas as opções de construção adequadas à segurança estrutural e sísmica do edifício, a apreciação pela entidade gestora no âmbito da comunicação prévia não incide sobre a desconformidade com as normas em vigor objeto daquela declaração”

¹¹ Quanto a este ponto, Fernanda Paula OLIVEIRA e Dulce LOPES «As recentes alterações ao regime jurídico da reabilitação urbana», *Direito Regional e Local*, n.º 19 Julho/Setembro de 2012, pág. 18, consideram que assim será “sem prejuízo do disposto no artigo 28.º, n.º 6” (relativo a património cultural classificado). Assim será, mas apenas se e na medida em que quando da elaboração do plano pormenor não tenha já havido pronúncia positiva quanto à demolição de imóvel classificado ou em vias de classificação, pois, neste caso não será necessária nova pronúncia. Ou seja, apenas será necessário obter parecer favorável quanto à demolição de imóvel classificado ou em vias de classificação se a sua demolição total ou parcial não tiver já sido requerida em sede de elaboração de plano pormenor ou se a mesma tiver sido solicitada e tiver sido negada.

¹² Quer quando ao artigo 60.º do RJUE quer mesmo quando ao artigo 51.º do RJRU. No mesmo sentido, Quanto a este ponto, Fernanda Paula OLIVEIRA e Dulce LOPES «As recentes alterações ao regime jurídico da reabilitação urbana», *Direito Regional e Local*, n.º 19 Julho/Setembro de 2012, pág. 18.

Ou seja, face a declaração do técnico do projecto nos termos *supra*, esclarecendo-se que a portaria que aprovará o respectivo modelo ainda não foi publicada, a entidade gestora deixará de poder rejeitar a comunicação prévia, com base na desconformidade do projecto com as normais que o técnico aponte.

Sem prejuízo, como decorre do n.º 4 do artigo em análise, sempre poderá o projecto não ser aceite – isto é a comunicação prévia rejeitada – caso exista alguma desconformidade entre o projecto e uma outra norma legal ou regulamentar¹³.

Como se compreenderá pretende-se que prédio que já, hoje, não cumprem com as normas em vigor, desde logo porque construídos em uma outra época, logo devendo respeitar também outras normais legais e regulamentares, não deixem de poder ser intervencionados, porque não ser possível – ou ficar demasiado oneroso – fazer com o prédio em causa passe a responder a todas as normais que, relembre-se não são as do seu tempo, mas as de um novo mundo, desde que não falta de cumprimento das normais, em primeiro lugar, não tenha origem nem seja agravada pela intervenção de reabilitação urbana (ou que esta melhore, apesar de tudo, as condições de segurança e de salubridade da edificação) e, por outro lado, que o essencial, isto é, a *segurança estrutural e sísmica do edifício* seja assegurada.

2.3. Operações isoladas de reabilitação urbana

A última grande inovação do código consiste no facto de o legislador ter criado um regime especial de reabilitação urbana para situações que, nos termos do artigo 77.º-A do RJRU “*tenham por objeto edifícios ou frações, localizados ou não em áreas de reabilitação urbana*”¹⁴:

¹³ Embora a lei não o admita expressamente, parece deve admitir-se que face a um projecto de rejeição da comunicação prévia em causa, o particular possa vir a juntar declaração do técnico do projecto mais ampla do que a inicialmente apresentada, abrangendo, de for o caso, outras potenciais desconformidades.

¹⁴ Justifica-se, plenamente, a menção à possibilidade de parte

Cuja construção, legalmente existente, tenha sido concluída há pelo menos 30 anos; e

Nos quais, em virtude da sua insuficiência, degradação ou obsolescência, designadamente no que se refere às suas condições de uso, solidez, segurança, estética ou salubridade, se justifique uma intervenção de reabilitação destinada a conferir adequadas características de desempenho e de segurança funcional, estrutural e construtiva.”

Como decorre do artigo *supra* transcrito, o legislador fez depender a susceptibilidade de ser incluído neste regime especial, de uma condição objectiva – construção concluída há mais de 30 anos – e de uma condições de preenchimento mais subjectivo – se justifique uma intervenção de reabilitação urbana, em função de vários parâmetros.

Porém, em que consiste precisamente esse regime especial? Consiste, precisamente, no facto de ser aplicável a projectos relativos a estes imóveis, o procedimento simplificado de comunicação prévia, descrito no ponto anterior. Todavia, esta operações, a menos que se encontrem dentro de uma área de reabilitação urbana, não contarão com qualquer benefício fiscal.

Esta solução do legislador é altamente criticável, porque incongruente. Com efeito, pode-se dar o caso de numa mesma cidade um conjunto de operações poderem aceder a benefícios fiscais,

deste edifícios estarem numa área de reabilitação urbana. Com efeito, como já se disse, o procedimento simplificado de comunicação prévia não é aplicável às operações, desde que os imóveis se situem em área de reabilitação urbana. Com efeito, o procedimento simplificado apenas será aplicável aos casos em que a estratégia de reabilitação urbana seja aprovada com base em plano pormenor. Assim, nos casos em que a estratégia conste de documentos próprio, o procedimento simplificado apenas será aplicável a operações que tenham por objecto edificações com mais de 30 anos.

Naturalmente, poder-se-á equacionar se fará sentido que dentro de uma única área de reabilitação urbana um projecto que incida sobre um prédio com mais de 30 anos deva ter um controlo urbanístico diferente e se desta realidade não poderão suscitar-se problemas para os próprios serviços, obrigando a lidar com procedimento diferentes.

por os seus prédios se encontrarem dentro de uma área de reabilitação urbana, incentivando-se assim a mesma, mas não poderem beneficiar do procedimento de comunicação prévia simplificados, por a estratégia ter sido definida em instrumento próprio. Por seu turno, uma operação que tenha um imóvel com mais de 30 anos, mas situado fora de uma Área de Reabilitação Urbana, não poderá aceder a benefícios fiscais, mas poderá receber um prédio...

Precisamente por estas operações não terem sido precedidas da necessária discussão e pedidos de pareceres inerentes à definição de um plano de pormenor é que, por um lado, se prevê, no artigo 77.º-B, a possibilidade de os municípios pedirem pareceres à administração cultural, quando a operação tiver por objecto imóveis que se localizem em zonas de protecção e não¹⁵ estejam individualmente classificados nem em vias de classificação e, por outro lado, as concretas operações em causa devem, cumulativamente:

Preservar as fachadas principais do edifício com todos os seus elementos não dissonantes, com possibilidade de novas aberturas de vãos ou modificação de vãos existentes ao nível do piso térreo, nos termos previstos nas normas legais e regulamentares e nos instrumentos de gestão territorial aplicáveis;

Manter os elementos arquitetónicos e estruturais de valor patrimonial do edifício, designadamente abóbadas, arcarias, estruturas metálicas ou de madeira;

Manter o número de pisos acima do solo e no subsolo, bem como a configuração da cobertura, sendo admitido o aproveitamento do vão da cobertura como área útil, com possibilidade de abertura de vãos para comunicação com o exterior, nos termos previstos nas normas legais e regulamentares e nos instrumentos de gestão territorial aplicáveis; e

Não reduzir a resistência estrutural do edifício, designadamente ao nível sísmico, e observar as opções de construção adequadas à segurança estrutural e sísmica do edifício.

¹⁵ Na medida em que se estiverem individualmente classificados ou em vias de classificação, o regime simplificado nem sequer será susceptível de utilização, nos termos do n.º 3 do artigo 77.º-A.

3. Os Benefícios Fiscais

3.1. Introdução

A consagração de benefícios fiscais¹⁶ em sede de reabilitação urbana explicar-se-á, naturalmente, pelo facto de a mesma não ser uma tarefa exclusivamente privada, outrossim pública, mas, sobretudo, por uma “*má consciência*”¹⁷ do legislador “*pela sua responsabilidade directa no estado a que as coisas chegaram*”. Efectivamente, a conjugação, por uma banda, de uma errada política de tributação do património com, por outra banda, quase um século de congelamento de rendas¹⁸ implicou um abandono, sobretudo, dos centros históricos e a deslocação das populações para as periferias das cidades, com nefastas consequências económica e principalmente sociais. Assim se compreende que, como se verá, a introdução de benefícios fiscais à reabilitação urbana tenha tido génese na reforma do património de 2003 e se encontre umbilicalmente ligada às questões conexas com o arrendamento.

Porém, não obstante a referida ligação umbilical, deixaremos de fora do presente estudo as questões relacionadas com a temática do arrendamento, porquanto, em grande medida, representa uma outra empreitada. Também de fora, e pela mesma razão, se deixará o estudo dos incentivos à reabilitação urbana.

¹⁶ Especificamente sobre benefícios fiscais na área da reabilitação urbana veja-se Diogo Duarte de CAMPOS «Escolha da Entidade Gestora e Benefícios Fiscais», *Estudos em Homenagem Ao Prof. Doutor Aníbal de Almeida*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, o qual, aliás, se segue de muito perto a José Maria FERNANDES PIRES, *Lições de Impostos sobre o Património e do Selo*, Almedina, Coimbra, 2010, pág. 455 a 497 e Guilherme Valdemar D’OLIVEIRA MARTINS «Os benefícios fiscais à reabilitação urbana: orientações legislativas recentes», *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, n.º 31/34, Almedina, Coimbra, 2011, pág. 113 a 133.

¹⁷ José Maria FERNANDES PIRES, *Lições de Impostos...*, cit., pág. 457.

¹⁸ Enfatizando este problema LUÍS MENEZES LEITÃO, “O Regime Jurídico da Reabilitação Urbana e a garantia do direito de propriedade” in *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, n.º 31/34, Almedina, Coimbra, 2011, pág. 135 a 143

Com efeito, para além dos estímulos decorrentes da concessão de benefícios fiscais, a reabilitação urbana implica o levantamento de elevadas quantias – na medida em que se apresenta como uma tarefa de capital intensivo – pelo que se encontram disponíveis variados incentivos financeiros, com especial destaque para o já referido programa JESSICA.

Assim, delimitado que está o nosso estudo, apresentaremos o mesmo dividido em duas grandes secções: por um lado, analisaremos os benefícios fiscais à reabilitação urbana que se encontram fora do Estatuto dos Benefícios Fiscais, por outro lado, analisaremos os benefícios que se encontram dentro daquele estatuto, tentando assim arrumar – dentro do possível – matérias que se encontram dispersas, dificultando que os promotores e interessados consigam ter uma visão de conjunto de todos os potenciais benefícios da aposta nesta novel indústria.

3.2. Benefícios fora do Estatuto dos Benefícios Fiscais

Embora se encontrem fora do Estatuto dos Benefícios Fiscais existem disposições quer no Código do IVA (doravante CIVA¹⁹) quer no CIMI que não poderão deixar de se considerar como verdadeiros benefícios fiscais, entendido em sentido amplo, na medida em que representam, ou podem representar, verdadeiras diminuições da valor normal de imposto a pagar.

Assim, e em primeiro lugar, o CIVA estabelece no seu Anexo I ao referido Código um conjunto de empreitadas¹⁹ a que

¹⁹ Em concreto serão tributadas à taxa reduzida de IVA as seguintes empreitadas:

“2.19 - As empreitadas de bens imóveis em que são donos da obra autarquias locais, empresas municipais cujo objecto consista na reabilitação e gestão urbanas detidas integralmente por organismos públicos, associações de municípios, empresas públicas responsáveis pela rede pública de escolas secundárias ou associações e corporações de bombeiros, desde que, em qualquer caso, as referidas obras sejam directamente contratadas com o empreiteiro.

2.23 - Empreitadas de reabilitação urbana, tal como definida em diploma específico, realizadas em imóveis ou em espaços públicos localizados em áreas de reabilitação urbana (áreas críticas de recuperação e reconversão urbanística, zonas de intervenção das sociedades de reabilitação urbana e outras) delimitadas nos termos legais, ou no âmbito de operações de requalificação e reabilitação de reconhecido interesse público nacional.

será aplicável a taxa reduzida de 6% e não a taxa normal de 23%, o que representará uma desagravamento fiscal de 17% (se e na medida em que o adquirente não seja, ele próprio, sujeito passivo de IVA e, portanto, o IVA suportado constitua um verdadeiro custo e não um mero encargo financeiro²⁰).

Os pressupostos de aplicação da taxa reduzida de IVA dependerão da conjugação de vários factores – natureza do Dono de Obra, natureza da empreitada e localização dos trabalhos²¹ (ou conjugação de todos os factores) – sendo possível sistematizar as seguintes situações, às quais será aplicável a taxa reduzida de 6%:

Empreitadas de bens imóveis cujo dono de obra seja uma autarquia local ou empresa municipal cujo objecto consista na reabilitação e gestão urbanas²² detidas integralmente por organismos públicos²³;

2.24 - As empreitadas de reabilitação de imóveis que, independentemente da localização, sejam contratadas directamente pelo Instituto da Habitação e Reabilitação Urbana (IHRU), bem como as realizadas no âmbito de regimes especiais de apoio financeiro ou fiscal à reabilitação de edifícios ou ao abrigo de programas apoiados financeiramente pelo IHRU."

²⁰ Naturalmente, saber se o IVA representará um verdadeiro custo e não um mero encargo financeiro, na medida em que deduzível, dependerá da concreta estrutura fiscal, pelo que apenas destrinchável em cada caso concreto.

²¹ Quanto a este aspecto informação vinculativa relativa ao processo 1478 ganha foros de cidade, na medida em que se concluiu que a taxa reduzida de IVA se aplica "ao alor global da empreitada (serviços prestados e materiais aplicados)", desde que a operação se encontre dentro da área de reabilitação urbana.

²² Embora a lei não o diga expressamente, parece-nos que apenas se exigirá que o objecto da empresa municipal em causa também inclua a reabilitação e gestão urbanas, não sendo imprescindível que o objecto social seja exclusivamente aquele.

²³ Parece dever entender-se que a lei apenas exige que todo o capital seja público, mas já não que seja integralmente detido pelo Município. Assim, uma empresa municipal detida por um município e uma associação de municípios ou, por um município e o estado ou uma empresa pública, ficará dentro do âmbito de aplicação da norma.

Problema especialmente complexo de resolver consiste em saber se uma empresa municipal detida por um município e uma empresa pública com participação minoritária de capital privado (mas ainda assim classificada como

Neste caso concreto o elemento essencial prende-se com a natureza (pública) do dono da obra, pelo que se deverão incluir todas as empreitadas, independentemente de terem por objecto a reabilitação urbana ou se incluírem dentro de uma área de intervenção.

Empreitadas que tenham por objecto a reabilitação urbana realizadas em áreas de reabilitação urbana²⁴;

Empreitadas no âmbito de operações de requalificação e reabilitação de reconhecido interesse público nacional ou de reconhecido interesse público nacional;

Empreitadas de reabilitação de imóveis, contratadas pelo Instituto da Habitação e Reabilitação Urbana (ou ao abrigo de programas financiados pelo referido instituto), independentemente da respectiva localização.

Um outro benefício consta directamente do CIMI, mais precisamente do artigo 112.º, o qual prevê, por um lado, a possibilidade de os municípios, mediante deliberação da Assembleia Municipal²⁵, majorarem a taxa de IMI em vigor de até 30% (artigo 112.º, nº 6 do CIMI)²⁶ e, por outro lado, a possibilidade de, sempre mediante deliberação da Assembleia Municipal, ser agravada a taxa de IMI em vigor de até 30% relativamente a prédios degradados (artigo 112.º, nº 8 do CIMI).

empresa pública) implicará a não aplicação daquela norma.

Aliás, a participação indirecta de capital privado levanta várias questões, por exemplo ao nível da qualificação como *in-house* de alguns contratos. Especificamente sobre este problema veja-se o nosso Diogo Duarte de CAMPOS, *A Escolha do Parceiro Privado...*, cit., pág. 326 e ss.

24 Sendo mister interpretar actualisticamente o CIVA, na medida em que ainda se refere, por exemplo, a *áreas críticas de recuperação e reconversão urbanística*, ou seja, tem por base a nomenclatura própria do Decreto-Lei n.º 104/2004, de 7 de Maio, o qual, entretanto, foi revogado pelo RJRU.

25 A qual, para além da majoração, deverá também definir a área territorial aplicável, a qual poderá ser uma freguesia ou zonas delimitadas de uma freguesia.

26 Podendo este benefício ser, ainda, eventualmente, cumulável com uma outra majoração de 20% relativamente a prédios arrendados (cfr. artigo 112.º, 7) do CIMI.

Da conjugação destes dois factores resulta um benefício fiscal relevante, na medida em que, como explica José Maria FERNANDES PIRES²⁷, “*pode significar que o IMI suportado pelos prédios não reabilitados possa ser superior em cerca de 85% ao dos prédios reabilitados*”. Todavia, a verdade é que o procedimento de majoração tem apenas efeitos anuais (embora não exista qualquer limite quanto ao número de anos²⁸), ou seja, tal como a deliberação da taxa de imposto aplicável é anual, também o é a da eventual majoração. Ora, o procedimento assim desenhado parece implicar um paradoxo relevante: embora, em termos económicos, seja, ou possa ser, um benefício relevante, do ponto de vista dos investidores parece-nos que não será decisivo. Com efeito, estamos em crer que do ponto de vista dos investidores seria mais vantajoso, na medida em que incorporaria um menor risco²⁹, que a majoração (assim como a taxa propriamente dita) pudesse ser fixada por um número determinado de anos (eventualmente renovável). Efetivamente, deste modo, conferir-se-ia segurança aos investidores que, estamos em crer, seria mais bem recebida (e avaliada) do que um benefício que, embora potencialmente eterno, apenas o seja com toda a certeza por um ano.

3.3. Benefícios previstos no Estatuto dos Benefícios Fiscais

Para além dos benefícios fiscais que demos nota *supra* o Estatuto dos Benefícios fiscais consagra um conjunto de outros benefícios quer relativos a impostos sobre o património (IMI e IMT) quer, em determinadas circunstâncias, relativos ao rendimento, seja das pessoas singulares seja das pessoas colectivas.

Assim e em primeiro lugar, de acordo com o artigo 45.º do EBF, verificados que estejam determinados pressupostos, fica-

²⁷ José Maria FERNANDES PIRES, *Lições de Impostos...*, cit., pág. 461.

²⁸ No mesmo sentido, José Maria FERNANDES PIRES, *Lições de Impostos...*, cit., pág. 459.

²⁹ Sobre a noção de risco e a sua importância em obras públicas, veja-se Pedro MELO, *A Distribuição do Risco nos Contratos de Concessão de Obras Públicas*, Almedina, Coimbra, 2011.

rão isentos de IMI, pelo período de dois anos desde a emissão da respectiva licença (de utilização, presume-se), e de IMT³⁰, os prédios urbanos destinados a reabilitação urbanística. Porém, pese embora a reabilitação do prédio seja “o elemento determinante”, a “sua eficácia depende da emissão da licença municipal de utilização onde se reconheça que se verificou a sua reabilitação^{31/32}”.

Sintetizando ideias, dir-se-á que, de acordo com o artigo 45.º do EBF, o promotor – pessoa colectiva ou pessoa singular - de obras de reabilitação urbana terá ficará isento (i) de IMT, caso inicie as obras no prazo de 2 anos após a aquisição do imóvel a reabilitar e (ii) de IMI, pelo período de dois anos, após a obtenção da respectiva licença de utilização do prédio já reabilitado. Em todo o caso, impõe-se que a Câmara Municipal do local onde se situa o imóvel (ou eventualmente o Instituto da Habitação e Reabilitação Urbana, IP) certifique a área de situação do imóvel e a reabilitação do mesmo.

Sem prejuízo da bondade dos benefícios *supra* descritos, a verdade é que de acordo com o n.º 4 do artigo 45.º em análise “os benefícios referidos nos n.ºs 1 e 2 não prejudicam a liquidação dos respectivos impostos, nos termos gerais”, o que poderá levantar alguns problemas. Com efeito, prevendo-se a liquidação (e o pagamento, pressupõe-se) dos impostos em causa, impõe-se que o promotor da reabilitação proceda, primeiro, ao pagamento dos impostos em causa e, apenas num momento subsequente, possa requerer o respectivo reembolso.

³⁰ Desde que os trabalhos de reabilitação se iniciem nos dois anos subseqüentes à aquisição.

³¹ José Maria FERNANDES PIRES, *Lições de Impostos...*, cit., pág.466.

³² Julgamos que a referencia à licença de utilização será um lapso do Autor. Com efeito, esta será determinante para aferir desde quando é que a isenção de IMI se deverá contar (sendo o primeiro ano aquele em que a licença de utilização tiver sido deferida), mas não para requerer a isenção em si, na medida em que será mister para o efeito não a licença de utilização, mas sim a certificação, pela Câmara Municipal respectiva, de que foram levadas a cabo obras de reabilitação.

Ora, esta solução apresenta vários inconvenientes³³. Por um lado, tendo já havido pagamento, impõe-se ao particular o pesado ónus requerer e aguardar – o reembolso^{34/35} à administração, o qual ficará dependente da emissão de documentos – os certificados *supra* referidos – por parte de entidades oficiais, que nem sempre se poderão mostrar colaborantes (como a prática o vem demonstrando), o que implicará recorrer à justiça fiscal, tornando o direito ao reembolso uma mera expectativa face às normais delongas conhecidas. Por outro lado, sobretudo hodiernamente em que os problemas de liquidez são mais do que conhecidos, a solução encontrada não nos parece ser tecnicamente a mais adequada para atingir os fins a que se propõe³⁶. Com efeito, como se sabe, a reabilitação urbana impõe, num momento inicial, um conjunto elevado de investimentos – aquisição do prédio, eventuais indemnizações a arrendatários, projectos e obras propriamente ditas – pelo que seria neste momento inicial que o não pagamento de IMT maior significado teria, na medida em dispensaria aportar mais verbas ao projecto de reabilitação.

³³ Sobretudo no que respeita ao IMT, na medida em que o IMI apresentará, em princípio, um valor mais reduzido e, por outro lado, correndo tudo de acordo com a lei dificilmente haverá pagamento, na medida em que este apenas será devido em 31 de Dezembro do ano em curso. Em termos semelhantes, José Maria FERNANDES PIRES, *Lições de Impostos...*, cit., pág. 470.

³⁴ De acordo com o n.º 6 do artigo 45.º do EBF, as Câmaras Municipais deverão comunicar aos serviços de finanças, no prazo de 30 dias, o reconhecimento da área e da reabilitação, devendo estes serviços, no prazo de 15 dias, proceder à anulação da liquidação e ao respectivo reembolso. Porém, para além destes prazos poderem não ser cumpridos, a prática tem demonstrado que, por vezes, as Câmara Municipais colocam entraves ao próprio reconhecimento – à emissão das certidões – pelo que se eterniza o reembolso.

³⁵ O qual deverá ser configurado como um verdadeiro direito contribuintes. Nesse sentido, José CASALTA NABAIS, *Direito Fiscal*, 6.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2010, pág. 369.

³⁶ Nem sequer do ponto de vista das entidades públicas. Com efeito, para além do reembolso implicar sempre um esforço de tesouraria que em projectos de grande envergadura poderá ser muito relevante, a solução encontrada implicará, sempre, dificuldades de gestão às Câmara Municipais que não conseguirão antecipar o volume de tributos que, embora efectivamente recebidos, terão que ser reembolsados.

Deste modo, parece-nos que, em futura revisão desta matéria, seria prudente alterar o funcionamento da liquidação de IMT, tornando-o mais equilibrado. Nesse sentido, talvez se possa aproximar – até para aumentar a coerência interna do sistema – o regime da compra de prédios para reabilitação do regime relativo à compra de prédios para revenda^{37/38}, permitindo-se que os adquirentes – ou, pelo menos, alguns tipos de adquirentes³⁹ –, que expressamente declarassem no documento de compra e venda do imóvel que o destinarão a ser reabilitado, pudessem, de forma automática, aceder ao benefício⁴⁰.

Uma última nota para referir que um outro aspecto problemático consiste na correcta compatibilização entre o artigo 45.º do EBF que temos vindo a analisar, o qual tem por objecto, como consta da respectiva epígrafe, os “*prédios urbanos objecto de reabilitação*”, com o artigo 71.º do EBF (que analisaremos subseqüentemente), cujo objecto consiste na disciplina dos “*incentivos à reabilitação urbana*”. O problema central prende-se com a possibilidade de cumulação dos dois benefícios, face aos disposto no artigo 45.º, n.º 7⁴¹ do EBF, mas que por ora apenas enunciamos, na

³⁷ Vide artigo 7.º, n.º 2 do CIMT.

³⁸ Sobre este regime, veja-se José Maria FERNANDES PIRES, *Lições de Impostos...*, cit., pág. 416.

³⁹ Na medida em que o regime sugerido, embora economicamente mais eficiente, também é mais sujeito a eventuais abusos, poder-se-á equacionar restringir o grupo de entidades potencialmente destinatárias desta norma. Note-se que assim se passa precisamente no regime da compra de prédios para revenda, onde se exige que o adquirente demonstre que se dedica “normal e habitualmente” à actividade de compra e venda de imóveis.

Sem prejuízo da possibilidade aberta, pessoalmente somos contrários à mesma, na medida em que para além de criar desequilíbrios concorrências, a prática tem demonstrado que aquela limitação [relativa aos prédios para revenda] tem tido uma aplicação particularmente diminuta, constituindo, em boa verdade, apenas um (mais um) custo de contexto.

⁴⁰ Devendo, claro, fazer prova, no prazo de 2 anos, do início das obras, estabelecendo-se, ainda, um prazo máximo para a obtenção da licença de utilização (o que actualmente não existe).

⁴¹ O De acordo com o qual “o regime previsto no presente artigo não é cumulativo com outros benefícios discais de idêntica natureza, não prejudi-

medida em que nos parece mais sensato analisá-lo após o estudo do artigo 71.º do EBF, o que faremos de seguida.

O actual artigo 71.º do EBF tem como declarada inspiração o Regime Extraordinário de Apoio à Reabilitação Urbana, aprovado pelo artigo 82.º da Lei n.º 67-A/2007, de 31 de Dezembro (Lei do Orçamento de Estado para 2008). Naturalmente, a integração do Regime Extraordinário no Estatuto dos Benefícios Fiscais será de aplaudir, porquanto, conferiu estabilidade a sector tão carente da mesma, tendo também tornando o regime não só mais apelativo⁴², como mais realista⁴³. Porém, não se pode deixar de referir que o que se ganhou em estabilidade manifestamente se perdeu em coerência e arrumação metódica, na medida em que o actual regime – de um só artigo – se espraia por 25 (intoleráveis) números, tratando de matérias diversas e sem qualquer lógica sistemática^{44/45}.

Como muito bem sintetiza José Maria FERNANDES PIRES, o actual regime de incentivos à reabilitação “*aplica-se aos imóveis que tenham sido objecto de operações de reabilitação urbana num período de tempo limitado e em condições definidas*”⁴⁶, as quais se podem condensar da seguinte forma⁴⁷:

cando, porém, a opção por outro mais favorável”.

⁴² Na medida em que há um conjunto de benefícios que foram alargados.

⁴³ No regime extraordinário previa-se que os benefícios consagrados no mesmo apenas seriam aplicáveis às acções iniciadas entre 1 de Janeiro de 2008 e 31 de Dezembro de 2010 e estivessem concluídas até 31 de Dezembro de 2012.

⁴⁴ Ainda que a título de exemplo, refira-se que os benefícios que têm por objecto os impostos sobre o património se encontram previstos nos números 7 e 8 do artigo 71.º, sendo que o procedimento para o seu reconhecimento se encontra previsto no número 19.

⁴⁵ Precisamente no mesmo sentido, José Maria FERNANDES PIRES, *Lições de Impostos...*, cit., pág.474.

⁴⁶ José Maria FERNANDES PIRES, *Lições de Impostos...*, cit., pág. 474

⁴⁷ Seguimos de perto José Maria FERNANDES PIRES, *Lições de Impostos...*, cit., pág.474 e 475, designadamente no que tange à sistematização utilizada.

Condição Material: Execução de “acções de reabilitação^{48/49}”;

Condição Objectiva: As acções de reabilitação deverão incidir sobre determinado tipo de prédios⁵⁰;

Condição Material: As acções de reabilitação deverão ter início após 1 de Janeiro de 2008 e encontrarem-se concluídas até 31 de Dezembro de 2020;

Condição Procedimental (apenas aplicável aos benefícios fiscais relativo ao património): Existência de um conjunto de deliberações dos órgãos autárquicos⁵¹;

Donde, mal estejam aquelas quatro condições (ou três, no que respeita ao benefícios em sede de impostos sobre o rendimento, uma vez que não se aplicará a condição procedimental) cumpridas, abre-se a possibilidade de aceder aos seguintes benefícios fiscais.

No que respeita aos impostos sobre o património, a Lei (n.ºs 7 e 8 do artigo 71.º) prevê a isenção de IMI pelo período de 5 anos, eventualmente renovável por igual período, bem como a isenção de IMT na primeira transmissão do imóvel (ou fracção autónoma) reabilitado, desde que o mesmo se destine à “*habitação própria e permanente*” do adquirente. Ou seja, parece-nos que

⁴⁸ As quais se encontram definidas na alínea a) do n.º 22 do artigo 71.º.

⁴⁹ A noção de acção de reabilitação constante da alínea a) do n.º 22 do artigo 71.º é totalmente diferente da noção de reabilitação constante do RJRU, o que obviamente levante dificuldades de interpretação sistemática.

Por outro lado, a noção de reabilitação para este efeito é altamente burocrática, prevendo inspecções que afirmam do estado de conservação do imóvel, quando apenas se deverá exigir é que no final da intervenção o imóvel obtenha a respectiva licença de utilização.

⁵⁰ Da análise das duas alíneas do n.º 21 do artigo 71.º resulta que os imóveis elegíveis para a obtenção de benefícios fiscais deverão cumprir com uma das seguintes características: (i) serem prédios arrendados susceptíveis de actualização faseada de rendas, nos termos do artigo 27.º do NRAU (independentemente da sua concreta localização); (ii) estejam localizados em áreas de intervenção urbana”.

⁵¹ No caso concreto, da Assembleia Municipal sobre proposta da Câmara Municipal, como infra se descreverá.

o legislador – e bem – para além de pretender apoiar o promotor de acções de reabilitação, estimula igualmente a compra dos imóveis (ou fracções) reabilitadas por particulares, o que bem se compreende no âmbito de uma política de cidade que pretende potenciar não só a reabilitação, mas também o repovoamento dos centros urbanos⁵².

Todavia, aqueles dois benefícios fiscais encontram-se dependentes de deliberação da Assembleia Municipal, sob proposta da Câmara Municipal nesse sentido, como expressamente decorre do artigo 71.º, n.º 19, conjugado com o artigo 12.º, n.º 2 da Lei das Finanças Locais, aprovada pela Lei n.º 2/2007, de 15 de Janeiro⁵³.

No que respeita aos benefícios fiscais sobre o rendimento, os mesmos agregam-se, sobretudo, à volta dos fundos de investimento imobiliário⁵⁴, o que bem se compreende face ao funcionamento do já referido programa JESSICA⁵⁵. Os benefícios previstos poderão ser condensados em duas vertentes: por um lado, os benefícios que incidem sobre o próprio fundo e, por outro lado, sobre os participantes.

⁵² Por outro lado, este incentivo não deixará de significar que o legislador está atento ao facto de a reabilitação, pela sua própria natureza, implicar que os prédios reabilitados sejam – em média – mais caros que os relativos a construção nova, pelo que bem se compreende este estímulo que, no fundo, permitirá que os agregados familiares não sintam necessidade de sair dos centros urbanos por questões financeiras.

⁵³ Porém, conjugando também a referida norma com o disposto nos números 2 e 3 do artigo 17.º do Regime Jurídico da Reabilitação Urbana, respiga-se que sempre que os Municípios aprovem uma determinada área de reabilitação urbana deverão definir os respectivos benefícios fiscais (n.º 2), constituindo-se na esfera jurídica dos contribuintes um verdadeiro direito subjectivo aos benefícios fiscais aprovados.

⁵⁴ Sem prejuízo, há um conjunto de benefícios para investidores privados em sede de IRS, a saber: (i) tributação liberatória reduzida em IRS (5%), sobre as mais valias imobiliárias e rendimento prediais (sem prejuízo da opção pelo englobamento) e (ii) possibilidade de dedução à colecta das despesas efectuadas (até ao limite de EUR. 500,00).

⁵⁵ No mesmo sentido, Guilherme Waldemar D'OLIVEIRA MARTINS, «Os Benefícios fiscais à reabilitação urbana: orientações legislativas recentes», *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, n.º 31/34, pág. 125.

No que respeita à tributação do fundo em si mesmo, prevê-se a isenção, em sede de IRC, dos “rendimentos de qualquer natureza obtidos”, desde que o fundo se tenha constituído entre 1 de Janeiro de 2008 e 31 de Dezembro de 2012⁵⁶ e 75% dos seus activos sejam imóveis sujeitos⁵⁷ a acções de reabilitação realizadas nas áreas de reabilitação urbana. Ora, a lei apenas exige que 75% dos activos sejam constituídos por imóveis sujeitos a acções de reabilitação, o que significa que um promotor poderá incluir – até 25% do valor total do fundo – outros projectos imobiliários, gozando da respectiva isenção⁵⁸.

Também ao nível da tributação dos participantes no fundo se encontram alguns benefícios fiscais sensíveis. Assim, por um banda, os rendimentos das unidades de participação pagos ou postos à disposição, seja por distribuição seja por resgate, são sujeitos a retenção na fonte⁵⁹ de IRS ou IRC, excepto se (i) os titu-

⁵⁶ Como já se referiu, a data de 31 de Dezembro de 2012 faria sentido no anterior regime extraordinário de apoio à reabilitação urbana, no qual esta limitação temporal estava de acordo com a data limite para terminar as acções de reabilitação. Porém, tendo o prazo para reabilitar sido alargado até 31 de Dezembro de 2020, não se vê porque razão não deverá, também, o respectivo prazo de constituição do fundo ser igualmente alargado. Neste mesmo sentido José Maria FERNANDES PIRES, *Lições de Impostos...*, cit., pág. 478 e 488 (nota 453).

⁵⁷ Parece-nos que a expressão “sujeitos a acções de reabilitação” se deverá entender no sentido de susceptíveis de serem sujeitos a acções de reabilitação. Ou seja, não se deverá exigir que 75% dos activos do fundo se encontrem em reabilitação, mas apenas que sejam susceptíveis disso mesmo, ainda que os respectivos projectos e obras ainda não se tenham iniciados. Em sentido diverso, José Maria FERNANDES PIRES, *Lições de Impostos...*, cit., pág. 488

⁵⁸ Assim se compreendendo que, como refere Ana Maria ALMEIDA, «Financiamento da Reabilitação Urbana», *O Novo Regime da Reabilitação Urbana*, Temas CEDOUA, Almedina, Coimbra, 2010, pág. 178, “por cada €1,00 investido num FIIRU em projectos de reabilitação urbana o investidor beneficia de isenções fiscais em quaisquer outros investimentos imobiliários no valor de €0,33.”

⁵⁹ A qual terá carácter definitivo se os respectivos titulares forem entidade não residentes sem estabelecimento estável em território nacional ou sujeitos passivos de IRS residentes que obtenham os rendimentos fora de uma actividade comercial, industrial ou agrícola (sem prejuízo, neste último caso, pela opção pelo englobamento).

Quando os rendimentos hajam de ser englobados, os respecti-

lares forem entidade isentas quanto a rendimento de capital ou (ii) os titulares forem entidades não residentes sem estabelecimento estável em Portugal. Porém, neste último caso, a excepção deixa de operar quando tais entidades sejam residentes em localização sujeita a um regime fiscal claramente mais favorável ou forem detidas, directa ou indirectamente, por entidade residentes.

Ainda no que tange à tributação dos participantes, a lei prevê que o saldo positivo resultante das mais e menos valias decorrentes da negociação de unidades de participação seja tributado à taxa de 10% quando os respectivos titulares forem: (i) entidades não residentes a quem não seja aplicável a isenção prevista no artigo 27.º do EBF ou (ii) sujeitos passivos de IRS residentes e que obtenham o rendimento fora do âmbito de uma actividade comercial industrial ou agrícola e não optem pelo englobamento.

Questão delicada e que já *supra* se enunciou consiste na compatibilização do artigo que ora nos encontramos a analisar com os benefícios previstos no artigo 45.º do EBF e que *supra* analisámos. Naturalmente, a questão apenas se coloca no que concerne aos impostos sobre o património, uma vez que apenas relativamente a estes poderá existir sobreposição de benefícios. A questão torna-se ainda mais complexa quando no artigo 45.º se prevê que o regime aí enunciado não é cumulativo com outros “*benefícios fiscais de idêntica natureza*”, mas sem explicitar o que se deve entender por benefícios de idêntica natureza.

Quanto a nós “*idêntica natureza*” não significa que incidam sobre o mesmo imposto, mas sim que tenham em vista o mesmo fim. Assim, quanto a nós, a questão, verdadeiramente, apenas se colocará quanto à isenção de IMI. Efectivamente, quanto às isenções de IMT, as mesmas não apresentam a mesma natureza, porquanto se destinam a fins diferentes. Com efeito, enquanto a isenção de IMT, prevista no artigo 45.º do EBF, tem em vista estimular a promoção da reabilitação urbana, permitindo-se que aquele que

adquire um imóvel para reabilitar não esteja sujeito aos condicionamentos da aquisição para revenda⁶⁰ – designadamente da sua revenda no prazo de três anos, o qual seria um colete de forças demasiado adstringente⁶¹ –, o benefício previsto no artigo 71.º do EBF tem em vista o repovoamento das cidades, pelo que estimula a compra de casa própria e permanente em edifícios reabilitados, os quais, de outra maneira, poderiam ser integralmente destinados a comércio ou serviços⁶².

Assim, quanto a nós, a limitação constante do n.º 7 do artigo 45.º do EBF apenas impedirá a acumulação dos dois anos de isenção de IMI previstos no artigo 45.º com a isenção de cinco anos (renovável) prevista no artigo 71.º; mas já não a acumulação das isenções em sede de IMT, previstas naqueles mesmos artigos, na medida em que a função económica de cada uma daquelas isenções é diferente e não da mesma natureza.

⁶⁰ Aliás, as mesmas razões – teóricas (e mais até) – que determinam a não sujeição a IMT dos prédios para revenda, na medida em que a aquisição do prédio não revela qualquer riqueza, mas apenas um negócio que tem por objecto um bem imóvel se aplicam, *cum grano salis* à aquisição de prédios para reabilitação, pelo que também neste caso não se justifica a sujeição a IMT. Sobre esta questão vide José Maria FERNANDES PIRES, *Lições de Impostos...*, cit., pág. 417.

⁶¹ Na verdade a reabilitação urbana impõe não só uma fase de projecto como uma fase de obra que poderá – e será na generalidade dos casos – mais longa e complexa do que a dita “construção nova”. Assim, o prazo de três anos estipulado para a generalidade dos casos seria, pelo menos na maioria dos projectos, demasiado curto para todo o necessário trabalho.

⁶² Em sentido contrário, afirmando que ao contribuinte restará optar por um dos dois tipos de benefícios previstos, veja-se José Maria FERNANDES PIRES, *Lições de Impostos...*, cit., pág. 484 a 486.

(Página deixada propositadamente em branco)

Desmaterializar sem perder receita

Dulce Lopes

Assistente da FDUC

1. Introdução; 2. Desmaterialização; 3. Desmaterialização nos processos de ocupação do solo; 4. Influência da desmaterialização no processo de determinação das taxas; 5. Influência da desmaterialização na criação de “novas” taxas ou novos meios de financiamento da Administração

1. Introdução

É comum dar-se hoje conta da diminuição das receitas dos municípios conexas com o fenómeno urbanístico. Esta redução tem sido visível pelo abrandamento do setor da construção¹, motivado em grande parte pela atual crise económico-financeira que tem tido como notas caraterizadoras a dificuldade de acesso ao crédito imobiliário, a perda do poder de compra e a falta de confiança no mercado e, bem assim, na realização de investimentos.

O rude golpe que este marasmo defere na autonomia financeira dos municípios, por tornar menos expressiva uma das

¹ Segundo dados do Instituto Nacional de Estatística relativos ao 4.º Trimestre de 2012 “Em 2012 o número de edifícios licenciados registou uma redução média anual de 17,0% e o número de edifícios concluídos diminuiu 4,9%. No 4o trimestre de 2012, foram licenciados 4,7 mil edifícios e concluídos 6,8 mil edifícios. Todas as variáveis em análise registaram os valores trimestrais mais baixos desde o 1o trimestre de 2001”. Para maiores desenvolvimento, desenvolvimentos, cfr. http://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_destaques&DESTAQUESdest_boui=133295830&DESTAQUEStema=55534&DESTAQUESmodo=2

suas receitas próprias mais importantes², não chegou, no entanto, desacompanhado.

Na verdade, têm sido adotadas pelo legislador um conjunto de medidas que, indireta ou incidentalmente, têm reflexos na arrecadação de receitas pelos municípios, em especial nas taxas urbanísticas por estes cobradas.

Uma destas medidas, que referimos apenas a título introdutório, passou pelo estabelecimento de um regime excecional de extensão de prazos no artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 26/2010, de 30 de março, que constituiu uma forma de auxílio e desfogo às empresas e particulares em tempo de crise, flexibilizando o ritmo de realização das operações urbanísticas já objeto de controlo prévio por forma a evitar o acréscimo de custos imputados àquelas entidades ou a diminuir o risco de incumprimento das obrigações urbanísticas por elas assumidas.

Ao estabelecer este diploma legal um regime excecional (e, por isso, inerentemente transitório) de extensão dos prazos, questionou-se se o mesmo não deveria motivar um aumento das taxas a cobrar, calculadas em função do tempo adicional concedido para a execução da operação urbanística. Confrontadas com esta questão, emitimos já opinião de que esta cobrança de taxas contrariaria a teleologia daquele artigo 3.º que tem por subjacente a necessidade de ajustamento dos tempos da concretização das operações urbanísticas às possibilidades de intervenção dos seus promotores, possibilidades estas altamente condicionadas pelo clima de estagnação económica. Exigir-se a cobrança de taxas nestes casos equivaleria, afinal, a uma oneração das condições de execução das operações urbanísticas já licenciadas ou admitidas, contrariando o objectivo legal que foi o de aligeirar e facilitar, o mais possível, a concretização das mesmas³.

² De entre as receitas de que dispõem os municípios, adquirem particular importância as que lhes advêm do produto da cobrança das taxas, sendo de referir que muitas delas se encontram relacionadas com o fenómeno urbanístico. Cfr., para maiores desenvolvimentos, Fernanda Paula OLIVEIRA e Jorge CARVALHO, *Perequação, Taxas e Cedências - Administração Urbanística em Portugal*, Coimbra, Almedina, 2008.

³ Neste sentido cfr. Fernanda Paula OLIVEIRA e Dulce LOPES, «A extensão ex-

Mas a mudança legal que mais influência tem tido nas condições de lançamento, liquidação e cobrança de taxas no domínio urbanístico e conexos, pelos municípios, tem sido a da *desmaterialização* dos processos de ocupação do território.

No sentido que é dado a este conceito por Sara Moreno Pires⁴, desmaterialização corresponde a um “processo específico de informatização, desregulamentação, harmonização e simplificação de procedimentos, implicando a desmaterialização (perda de suporte de papel) de processos, produtos ou serviços em determinadas organizações públicas ou privadas”, podendo incluir-se nele situações distintas como as de eliminação de atos ou de procedimentos de controlo e a de tramitação de (velhos ou novos) procedimentos essencialmente por via informática, precisamente as situações que nos ocuparão no presente texto.

2. Desmaterialização

É difícil reconduzir a vaga de desmaterialização que percorre a Administração pública a um único fundamento. O governo eletrónico (*e-Government*) tem sido assumido como uma das marcas de modernidade da Administração, por permitir fazer a melhor composição entre os interesses públicos (possibilitando a reorganização dos serviços e a melhor afetação dos recursos, a eficiente circulação e interoperabilidade da informação, a introdução de sistemas de suporte à decisão) e os interesses privados (possibilitando uma maior margem de intervenção destes sem a

cecional de prazos prevista no artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 26/2010: subsídios para a sua aplicação prática», in *Direito Regional e Local*, n.º 11, 2010, pp. 27-36.

É consabido que as épocas de crise económica motivam a adoção de regimes jurídicos excecionais ou especiais, mesmo por parte dos municípios. Alguns destes optaram em tempos recentes e apesar de confrontados com a diminuição de taxas urbanísticas resultantes dos motivos expostos em texto, por diminuir as taxas ou aumentar as situações de isenção ou de redução destas, de modo a dar um novo impulso ao setor da construção na sua área de intervenção territorial.

⁴ «Medir a Desmaterialização e o Desenvolvimento sustentável: os Indicadores e os seus Dilemas», in *Revista CEDOUA*, 23, 2012, p. 21.

imposição de encargos excessivos, por harmonizar os critérios de decisão e reduzir os tempos de tomada de decisão e por assegurar uma disponibilidade permanente dos serviços).

Especificamente quanto às tecnologias de informação — visando estas não apenas a disponibilização passiva de informação, mas também a oferta ativa de serviços públicos em linha, enquanto via substitutiva ou alternativa à disponibilização presencial ou em papel do mesmo serviço — são veiculados amiúde os seus benefícios, designadamente: a passagem de uma abordagem setorial e hierarquizada para uma outra mais transversal e colaborativa; a promoção da partilha de informação entre diferentes entidades da Administração; a agilização do procedimento de decisão suportado na comunicação eletrónica; a desmaterialização de toda a informação e da própria assinatura; e a facilitação da maior transparência da Administração para os cidadãos⁵.

O legislador português, ciente destes benefícios, comprometeu-se decididamente com os processos de desmaterialização na Administração pública e, sucessivamente⁶, foram surgindo

⁵ Neste sentido, Maria Manuel LEITÃO MARQUES, «Gracioso mas também simples», in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 747-761.

⁶ Um marco essencial neste domínio foi o Plano de Ação para o Governo Eletrónico, adotado por intermédio da Resolução do Conselho de Ministros n.º 108/2003, de 12 de agosto. Seguiu-se o Plano Tecnológico que fazia parte do programa do Governo XVII Constitucional e que incluía os programas Ligar Portugal (para difusão das TIC) e o programa Simplex (para facilitar atuação empresas e cidadãos, alargado, em 2008, ao Simplex autárquico). Sobre esta evolução ver a dissertação de mestrado de Zornitsa Angelova Ilieva, *A desmaterialização administrativa e a modernização autárquica em Portugal*, Mestrado em Administração Pública, 2012, de que fomos arguentes. Mais recentemente, no âmbito do programa de assistência económica e financeira, foi aprovado o plano global estratégico de racionalização e redução de custos com as tecnologias da informação e comunicação da Administração Pública e adotada a Lei n.º 36/2011, de 21 de junho que estabelece a adoção de normas abertas para a informação em suporte digital na Administração Pública, promovendo a liberdade tecnológica dos cidadãos e organizações e a interoperabilidade dos sistemas informáticos do Estado. Sobre esta Lei, cfr. Alexandre Libório DIAS PEREIRA, «Normas Abertas nos Sistemas Informáticos do Estafo: Quo Vadis?», in *Revista CEDOUA*, 23, 2012, pp. 41-45.

concretizações inequívocas de que este era o caminho a trilhar. Pensemos, para mais não invocar, na concretização dos portais do cidadão e da autoridade tributária, na segurança social direta, nos sistemas de compras públicas electrónicas, nos sistemas dos registos civil, comercial, predial e notarial. Ao ponto de na edição de 2012 da *United Nations E-Government National Survey*, Portugal ocupar um honroso 33.º lugar num ranking com 190 países (subindo 6 lugares relativamente ao Relatório de 2010)⁷.

Não se trata este, porém, de um processo sem espinhos. Segundo Ricardo Campos e Célio Marques “o processo não é no entanto de todo linear: a não aceitação do formato digital por parte de alguns intervenientes, que continuam a considerar o papel como verdadeiro original e o formato digital uma simples cópia, traz óbvias desvantagens implicando a existência de duas realidades paralelas: o formato analógico e o digital”⁸. Nalguns casos, como teremos oportunidade de referir, é o próprio legislador que continua a apontar para a aplicação dos procedimentos de licenciamento tradicional, a par dos novos procedimentos desmaterializados.

Podem ainda encontrar-se outras dificuldades inerentes aos processos de desmaterialização, desde logo a existência de modelos informáticos complexos e pouco operativos ou intuitivos e a penosa atuação da Administração, sempre que se trate da tomada em consideração de situações que merecem um tratamento jurídico particular (sobretudo do ponto de vista instrutório), como sucede, no domínio urbanístico, com as legalizações.

Também para os privados, os sistemas informáticos comportam novos focos de complexidade, desde logo porque demandam a autenticação do utilizador, o que, pelo menos num primeiro momento, não é de fácil gestão. Por outro lado porque, quando tenham pretensões jurídicas complexas, os privados podem ter

⁷ Cfr. <http://www.un.org/en/development/desa/publications/connecting-governments-to-citizens.html>

⁸ Ricardo CAMPOS e Célio MARQUES, «O Governo Electrónico e os Sistemas de Informação Públicos em Portugal», 2004, disponível no endereço <http://hultig.di.ubi.pt/~ricardo/ficheiros/CISTI2006.pdf>.

de desencadear vários procedimentos para satisfazerem individualmente cada uma das pretensões e, caso o sistema não admita renovações automáticas, terão ainda de introduzir todos os elementos no sistema sempre que os prazos estabelecidos estiverem prestes a cessar.

Acresce que o desiderato de promoção da participação democrática por parte dos cidadãos na Administração pública nos parece dificilmente atingível quando os sistemas informáticos são concebidos de forma hermética, dificultando as formas de acesso dos particulares à Administração (sendo estes muitas vezes direcionados para números de apoio que têm de custear e cujo atendimento deixa muito a desejar, tanto do ponto de vista da rapidez do serviço, como do tipo e relevância das informações ou orientações prestadas).

Por último, de um ponto de vista ecológico, a desmaterialização também não tem produzido os efeitos pretendidos. Como refere Sara Moreno Pires, a “intensificação do uso das TIC não tem contribuído para atenuar a característica profundamente material, e crescente, da nossa economia. Entre 1995 e 2007, o consumo de materiais pela economia portuguesa aumentou 74%”⁹.

Faltarão, porventura, a plena assunção da vertente subjetiva da desmaterialização, que Mariana Nicolau caracteriza como a “valorização do bem-estar não material, da busca e concretização de valores e prazeres não pecuniários fundados na cidadania, no afeto e nas relações familiares e comunitárias”¹⁰.

3. Desmaterialização nos processos de ocupação do solo

A desmaterialização se entrou em força na Administração pública portuguesa ao nível central, tem feito um percurso mais tímido ao nível municipal, em especial em áreas que parecem ser tão avessas à “perda ou redução da matéria” como as que se pren-

⁹ *Cit.*, p. 19.

¹⁰ “O elogio da suficiência – Transformando padrões de consumo à luz da desmaterialização?”, in *Revista CEDOUA*, 23, 2012, p. 94.

dem com a definição e concretização de regras sobre a ocupação física do território¹¹.

De facto, o Simplex Autárquico, iniciado em 2008, assentou em experiências piloto em alguns municípios, que, todavia, não foram objeto de disseminação generalizada. Do mesmo modo, a mudança, introduzida em 2007, ao Regime Jurídico da Urbanização e Edificação¹², que apontava para a tramitação desmaterializada dos processos de gestão urbanística por via de um sistema informático (artigo 8.º-A), foi complementada pela emissão da Portaria nº 216-A/2008, de 3 de março, que estabeleceu regras aplicáveis à tramitação em papel, em situações de indisponibilidade daquele sistema (artigo 8.º). Cedo a regra se tornou execução e muitos municípios continuaram a proceder predominantemente à tramitação administrativa como até aí o vinham fazendo¹³.

Ainda assim, podemos anotar alguns focos de desmaterialização no âmbito da gestão urbanística¹⁴, por grau decrescente da sua relevância:

¹¹ Sobre esta estranheza inicial, cfr. Fernanda Paula OLIVEIRA e Dulce LOPES, «Direito do Urbanismo e Desmaterialização», in *Revista CEDOUA*, n.º 29, 2012, pp. 103 -129.

¹² Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de dezembro, e alterado pelo Decreto-Lei n.º 177/2001, de 4 de junho, pela Lei n.º 4-A/2003, de 19 de fevereiro, pela Lei n.º 60/2007, de 4 de setembro, pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, pelo Decreto-Lei n.º 116/2008, de 4 de junho, pelo Decreto-Lei n.º 26/2010, de 30 de março e pela Lei n.º 28/2010, de 2 de setembro.

¹³ Mesmo a comunicação prévia, pensada para funcionar num ambiente informático foi “adaptada” na maioria dos municípios às circunstâncias próprias de um mundo de papel e por analogia com o procedimento (mais rotineiro) do licenciamento administrativo. Sucodem-se, por isso, soluções municipais que ficam a meio caminho entre a tramitação em papel e a tramitação desmaterializada dos procedimentos (comunicações prévias condicionadas, comprovativos similares aos alvarás, requerimentos assinados em papel, etc.). Cfr. a súmula de Fernanda Paula OLIVEIRA, «As dúvidas e as dificuldades da comunicação prévia de operações urbanísticas», in *Direito Regional e Local*, n.º 14, 2011, pp. 26-38.

¹⁴ Não nos referimos ao planeamento urbanístico, uma vez que, estando em causa uma tarefa ativamente de cariz público, não terá reflexo em matéria de taxas. Todavia, para uma análise de alguns reflexos de desmaterialização no planeamento, cfr. Fernanda Paula OLIVEIRA e Dulce LOPES, «Direito do Urbanismo e Desmaterialização», *cit.*

i) A eliminação de procedimentos e de atos de controlo público, implicando a liberalização de algumas atividades privadas, como é o caso das obras isentas de controlo prévio, nas quais se incluem as obras de escassa relevância urbanística (artigos 6.º e 6.º-A do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação)¹⁵. Neste âmbito, responsabilizam-se inteiramente os privados pela concretização da operação urbanística (que passa a estar na sua disponibilidade), mas não deixa de haver um âmbito de intervenção municipal, embora mais limitada e *a posteriori*. De facto, consideramos que, nestes casos, deve haver comunicação/informação do início da realização da operação, nos termos previstos no artigo 80.º-A, n.º 1 do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação¹⁶, de modo, por exemplo, a que a fiscalização – que abrange todo o tipo de operações urbanísticas, sujeitas ou não a controlo prévio¹⁷ –, possa atuar, caso seja considerado necessário.

ii) A introdução de novos mecanismos de controlo preventivo das operações urbanísticas, como sucede com a comunicação prévia (artigo 34.º e ss. do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação e artigo 53.º-A e ss. do Regime Jurídico da Reabilitação Urbana). Este procedimento, apesar de culminar na prática de um ato administrativo permissivo (e não, como a sua desig-

¹⁵ Também no âmbito do regime jurídico da reabilitação urbana (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 307/2009, de 23 de outubro, e alterado pela Lei n.º 32/2012 de 14 de agosto), o artigo 81.º-A deixou de exigir a existência de uma certidão municipal que ateste que os requisitos da propriedade horizontal se encontrem verificados (nos termos previstos no artigo 66.º do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação), considerando suficiente, para fins notariais, a apresentação de termo de responsabilidade subscrito por técnico legalmente habilitado atestando que estão verificados os requisitos legais para a constituição da propriedade horizontal, acompanhado de comprovativo da sua apresentação ao município ou à entidade gestora pela operação de reabilitação urbana.

¹⁶ Neste sentido, cfr. Fernanda Paula OLIVEIRA, Maria José CASTANHEIRA NEVES, Dulce LOPES e Fernanda MAÇÃS, *Regime Jurídico da Urbanização e Edificação, Comentado*, 3.ª edição, Coimbra, Almedina, 2011.

¹⁷ Cfr. Claudio MONTEIRO, «A fiscalização municipal das operações urbanísticas», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Vol. IV, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 419-443.

nação pareceria indicar, de um ato puramente declarativo), foi desenhado para funcionar, em plenitude, no âmbito de sistemas informáticos, como o demonstram os prazos curtos de decisão, a admissão da comunicação como ato ficcionado, a autoliquidação das taxas, os comprovativos eletrónicos da comunicação, etc.¹⁸.

iii) A flexibilização de alguns momentos dos procedimentos de gestão urbanística, particularmente visível no âmbito da autorização de utilização. De facto, tirando alguns domínios específicos de atividade desenvolvidas por particulares — como o industrial, em que cedo foram estabelecidos sistemas informáticos para tramitação dos processos de licenciamento industrial¹⁹ —, a própria emissão de autorização de utilização continua a ser feita em papel, por intermédio de alvará. Não obstante, este alvará deixou de ser condição de eficácia da autorização de utilização, permitindo o legislador que o seu requerente possa utilizar o imóvel quando o respetivo título não seja emitido atempadamente pela Administração²⁰ ou que possa obter uma intimação judicial que substitua aquele alvará, nos termos do artigo 113.º do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação²¹. Mais recentemente o legislador foi mais longe ao determinar, no artigo 53.º-G do Regime Jurídico da Reabilitação Urbana, que, não sendo determinada a realização da vistoria no prazo de 10 dias úteis a contar da receção do requerimento de autorização de utilização, o termo de respon-

¹⁸ Cfr. sobre esta figura Pedro GONÇALVES, «Controlo prévio das operações urbanísticas após a reforma legislativa de 2007», in *Direito Regional e Local*, n.º 1, 2008, pp. 14-24.

¹⁹ Já no âmbito do Regime de Exercício da Atividade Industrial, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 209/2008 de 29 de outubro, se estabeleceu que a tramitação dos procedimentos seria realizada por via electrónica através de plataforma de interoperabilidade da Administração Pública (artigo 14.º), plataforma esta que foi adaptada para fazer face às exigências do Sistema de Indústria Responsável (artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 169/2012 de 1 de agosto).

²⁰ Cfr. Fernanda Paula OLIVEIRA, Maria José CASTANHEIRA NEVES, Dulce LOPES e Fernanda MAÇÃS, *cit.*, anotação ao artigo 74.º.

²¹ Situação esta que será relevante nos casos de alienação do bem ou de constituição de direitos a favor de terceiros sobre o mesmo. Cfr., sobre o âmbito do artigo 113.º, o recente Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 14 de Fevereiro de 2013, proferido no Recurso 1323/12.

sabilidade, acompanhado daquele requerimento e do comprovativo da apresentação de ambos à entidade gestora, vale como autorização de utilização, substituindo o alvará de utilização.

Foi, no entanto, com o Regime Jurídico do Licenciamento Zero que a desmaterialização entrou em definitivo²² em domínios conexos com a ocupação uso e transformação do solo. Este regime visa facilitar as condições de instalação e modificação de atividades económicas, aligeirando e tornando mais transparentes as peias administrativas que tradicionalmente impendiam sobre os titulares da exploração essencialmente no âmbito da ocupação do domínio público, da publicidade e da definição do horário dos estabelecimentos. Para o efeito inclui várias medidas que apontam decisivamente no sentido da desmaterialização dos procedimentos administrativos. Contam-se, entre elas:

i) A eliminação do regime de licenciamento de exercício de atividades económicas, para as quais não se mostra necessário um regime de controlo prévio, tais como a venda de bilhetes para espetáculos públicos em estabelecimentos comerciais, a realização de leilões em lugares públicos e a afixação de mensagens publicitárias de natureza comercial nas situações previstas no artigo 1.º, n.º 3 da Lei n.º 97/88, de 17 de Agosto, alterado pelo Decreto-Lei n.º 48/2011. Neste último caso, a liberalização da afixação de determinado tipo de publicidade justificou-se por a mesma surgir

²² Embora este Decreto-Lei n.º 48/2011, de 1 de abril, tenha iniciado a sua vigência a 2 de maio de 2011, estabeleceu-se, no seu artigo 42.º, alterado pelo Decreto-Lei n.º 141/2012, de 11 de julho, uma produção de efeitos faseada das disposições que pressupõem a implementação do “Balcão do Empreendedor”, a decorrer durante um período de dois anos a contar da sua entrada em vigor. Deste modo, entraram em vigor a 2 de maio de 2011 as disposições cuja implementação não carecia da operacionalização do balcão do empreendedor, essencialmente as relativas à isenção do licenciamento da atividade das agências de venda de bilhetes para espetáculos públicos e o pagamento da respetiva taxa, à isenção do licenciamento do exercício da atividade de realização de leilões e o pagamento da respetiva taxa, à isenção do licenciamento das mensagens publicitárias de natureza comercial e o pagamento da respetiva taxa, quando as mesmas são de natureza comercial, afixadas ou inscritas em bens de que são proprietárias ou legítimas possuidoras ou detentoras entidades privadas e não são visíveis ou audíveis a partir do espaço público. A partir de 2 de maio de 2013 entraram em vigor as demais regras constantes do do Regime Jurídico do Licenciamento Zero.

como o prolongamento natural do estabelecimento e uma condição da sua entrada e afirmação no mercado, sem que da mesma advenha um prejuízo relevante ao ambiente urbano²³.

ii) A previsão de novas formas de atuação da Administração que dependem umbilicalmente do funcionamento do sistema informático delineado para efeitos de aplicação do regime jurídico do licenciamento zero (o Balcão do Empreendedor)²⁴. Estas novas formas de atuação desdobram-se na *mera comunicação prévia*, consistente na declaração efectuada no Balcão do Empreendedor, com vista ao início posterior, mas imediato, da atividade económica pretendida pelo interessado, aplicável à abertura e modificações do estabelecimento, à exploração do armazém ou ao início de actividade (artigo 4.º), a algumas situações de ocupação de espaço público²⁵ e à comunicação do mapa de horário do estabelecimento (artigo 4.º-A do Decreto-Lei n.º 48/96, de 15 de maio, aditado pelo Decreto-Lei n.º 48/2011)²⁶, e na *comunicação prévia com prazo*, regime no qual há lugar a uma apreciação

²³ Nas palavras de Fernanda Paula OLIVEIRA, Maria Manuel LEITÃO MARQUES, Mariana RAFEIRO, Ana Cláudia GUEDES, *Licenciamento Zero - Regime Jurídico Comentado*, Coimbra, Almedina, 2012, p. 135, o legislador “entendeu que estas mensagens não são uma forma de publicidade proprio sensu. São, sobretudo, elementos essenciais e intrínsecos ao exercício pleno da atividade económica desenvolvida pelo titular da exploração do estabelecimento”.

²⁴ Com efeito, este é um elemento essencial na maquinaria do diploma, apenas se compreendendo a dilação da entrada em vigor do diploma do Licenciamento Zero em face do atraso na implementação do balcão do empreendedor.

²⁵ A mera comunicação prévia é aplicável, neste caso, aos fins previstos no artigo 10.º, n.º 1 (isto é, àquelas situações em que a ocupação do espaço público seja pretendida para finalidades que são vistas pelo legislador como uma exigência do estabelecimento, tais como toldos, esplanadas abertas, etc.), e sempre que a intenção do explorador do estabelecimento se confina aos limites fixados no artigo 12.º, n.º 1, respeitando os critérios fixados regulamentarmente para o efeito.

²⁶ Esta forma de atuação distingue-se ainda da comunicação, tida como a declaração da informação necessária à organização e actualização de dados associados ao estabelecimento comercial, feita pelo agente económico, num determinado prazo, após a respectiva ocorrência. Sobre estas figuras, cfr. Dulce LOPES, «A Comunicação Prévia e os Novos Paradigmas de Controlo da Administração Privada», in *Direito Regional e Local*, n.º 14, 2011, p. 26-38.

administrativa municipal sobre o modo de exercício da atividade pretendida, findando na prática de um ato administrativo expresse ou silente. Este procedimento é aplicável a um conjunto diversificado de situações, quais sejam a ocupação do espaço público pretendida para determinadas finalidades e com certas características²⁷, a prestação de serviços de restauração ou de bebidas com carácter não sedentário (artigo 6.º) e a dispensa prévia de requisitos legais ou regulamentares aplicáveis às instalações, aos equipamentos e ao funcionamento das actividades económicas a exercer no estabelecimento (artigo 5.º).

Mais recentemente, o regime jurídico do licenciamento zero veio a ser complementado pela Lei n.º 27/2013, de 12 de abril, que estabelece o regime jurídico a que fica sujeita a atividade de comércio a retalho não sedentária exercida por feirantes e vendedores ambulantes, bem como o regime aplicável às feiras e aos recintos onde as mesmas se realizam. Na economia deste diploma, a tramitação por via de sistema informático continua a ser o mote, seja para a obtenção de título de exercício de atividade de atividade de feirantes e vendedores ambulantes (artigo 5.º, n.º 1) seja para os pedidos de autorização de feiras realizados por privados (artigo 18.º, n.º 2). No entanto, apesar de este sistema constituir uma via privilegiada de tramitação e de disponibilização de informação, não deixa a Lei n.º 27/2013, de 12 de abril, de prever alguns limites à sua utilização, desde logo a circunstância de o procedimento de seleção para a atribuição do espaço público para comércio não sedentário ser feito através de sorteio, por ato público municipal e não por uma qualquer seleção aleatória do sistema [cfr. artigos 20.º, n.º 6, f), i) e 22.º, n.º 1].

²⁷ A *comunicação prévia com prazo* é aplicável aos fins previstos no artigo 10.º, n.º 1, mas sempre que a pretensão do explorador não se confina aos limites fixados no artigo 12.º, n.º 1, e não se cinja aos critérios delineados para as meras comunicações prévias. O que significa que, em matéria de ocupação do espaço público continua a haver lugar ao tradicional *licenciamento*, aplicável a finalidades distintas das previstas no artigo 10.º, n.º 1, tais como a instalação de esplanadas fechadas, nos termos previstos no artigo 10.º, n.º 4.

4. Influência da desmaterialização no processo de determinação das taxas

Não obstante a sua aparente neutralidade²⁸, a desmaterialização tem influências claras no processo conducente à determinação das taxas, seja motivando alterações ao procedimento para a sua adoção (i), seja modificando os fatores de que depende a fixação do seu valor (ii), seja admitindo ou impondo novos métodos para o seu pagamento (iii), seja ainda impossibilitando o seu lançamento, liquidação e cobrança (iv).

i) As alterações ao procedimento de determinação das taxas resultam da introdução de novas exigências legais que — algumas delas sob pena de ilegalidade da cobrança de taxas —, devem ser cumpridas pelos Municípios.

A adaptação que imediatamente se impõe referir é a necessidade de os Municípios criarem ou alterarem os seus regulamentos de taxas de modo a corresponderem às solicitações legais que agora lhe são dirigidas, acompanhada da sua necessária disponibilização não apenas nos sítios de internet dos Municípios (o que já decorria do Regime Geral das Taxas das Autarquias Locais, artigo 13.^o²⁹), mas igualmente no sistema informático gizado por lei³⁰. No caso do licenciamento zero o legislador chega mesmo a cominar a não disponibilização dos regulamentos de taxas no balcão do empreendedor com a inexorabilidade das taxas, na medida em que estas deixam de poder ser opostas aos seus destinatários (artigo 18.^o, n.º 3)³¹. A publicidade nestes novos meios de comu-

²⁸ Segundo Fernanda Paula OLIVEIRA, Maria Manuel LEITÃO MARQUES, Mariana RAFEIRO e Ana Cláudia GUEDES, *cit.*, p. 103, “Não há, com o regime do Licenciamento Zero qualquer redução da autonomia regulamentar municipal em matéria de taxas”, porque estas continuam a ser determinadas por cada município.

²⁹ Lei n.º 53-E/2006, de 29 de Dezembro.

³⁰ Cfr. o artigo 20.^o, n.º 1 da Lei n.º 27/2013.

³¹ Ao contrário com o que sucede com os regulamentos de ocupação do espaço público, os regulamentos de publicidade e os de venda ambulante, em que o Regime Jurídico do Licenciamento Zero definiu supletivamente aplicáveis, na ausência de submissão dos regulamentos municipais no sistema.

nicação, apesar de não ter substituído as formas tradicionais de publicação dos atos normativos da Administração municipal³², assume, pelo exposto, um relevo indiscutível.

É ainda visível, neste âmbito, o delinear de uma nova forma de relacionamento com os parceiros (públicos e privados) da Administração. Não obstante a persistente omissão ao momento da discussão pública (com exceção do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação, artigo 3.º e do Sistema da Indústria Responsável, artigo 80.º, n.º 3), o artigo 20.º, n.º 8 da Lei n.º 27/2013 determina que a aprovação dos regulamentos do comércio a retalho não sedentário deve ser precedida de audiência prévia das entidades representativas dos interesses em causa, nomeadamente de associações representativas dos feirantes, dos vendedores ambulantes e dos consumidores. No âmbito do Licenciamento Zero encontra-se ainda uma obrigação de incorporação das regras de ocupação do espaço definidas por entidades públicas setoriais da Administração central nos regulamentos municipais (cfr. artigo 11.º, n.º 7 da Lei n.º 48/2011 e artigo 3.º-A aditado à Lei n.º 97/88, de 17 de agosto).

ii) O Regime Geral das Taxas das Autarquias Locais (artigo 8.º, n.º 2) determina que o regulamento de taxas municipais contém, sob pena de nulidade, entre outros elementos, o valor ou a fórmula de cálculo do valor das taxas a cobrar e a fundamentação económico-financeira relativa ao valor das taxas, designa-

³² O artigo 91.º, n.º 1 da Lei das Autarquias Locais (aprovada pela Lei n.º 169/99, de 18 de setembro, na sua última redação dada pela Lei Orgânica n.º 1/2011, de 30 de novembro), determina que as deliberações dos órgãos autárquicos são publicadas em Diário da República quando a lei expressamente o determine. Assim, a publicidade dos regulamentos camarários aprovados em resultado da sua adaptação ao Decreto-Lei n.º 48/2011 (ou à Lei n.º 27/2013), deve realizar-se através da sua publicação em edital afixado nos lugares de estilo, em boletim da autarquia local e nos jornais regionais editados na área do respectivo município, excepto se forem alterados regulamentos que a lei exija que sejam publicados como sucede com os Regulamentos de Urbanização e Edificação e Taxas Urbanísticas, nos termos do artigo 3.º do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação. No caso do Sistema da Indústria Responsável, os regulamentos municipais de taxas são objeto de publicação no Diário da República, sem prejuízo da sua disponibilização no Balcão do empreendedor (artigo 81.º, n.º 4).

damente os custos directos e indirectos, os encargos financeiros, amortizações e futuros investimentos realizados ou a realizar pela autarquia local [alíneas b) e c)].

O que significa que, em conformidade com as alterações introduzidas pelo processo de desmaterialização, deve ser reformulada (ou formulada, nos casos em que ainda não tivesse sido feita) a fundamentação económico-financeira das taxas, sobretudo as relativas à prestação do serviço administrativo pela Administração³³. Neste caso, a diferenciação dos custos do trabalho, do custo do papel, das amortizações de equipamentos e investimentos realizados designadamente para aquisição e manutenção do sistema informático, são elementos a tomar em consideração na redefinição do valor das taxas a aplicar.

Ainda, na medida em que a desmaterialização se encontra aliada às ideias de simplificação e de harmonização administrativas não constitui surpresa que outros subprodutos desta vaga se traduzam na concentração das taxas a pagar, mesmo se devidas a várias entidades³⁴, e na definição legal dos critérios admissíveis

³³ Note-se que, sempre que o benefício económico retirado pelo promotor se mantenha sem alterações, a taxa (ou parcela da taxa) que o visa compensar não terá de sofrer qualquer diminuição por força, por exemplo, do regime jurídico do Licenciamento Zero.

³⁴ De acordo com o Sistema de Indústria Responsável, o montante da taxa destinada a entidades públicas da Administração Central que intervenham em atos de vistoria deve corresponder aos critérios definidos no artigo 81.º: 5 % para a entidade responsável pela administração do Balcão do empreendedor e o valor remanescente a repartir em partes iguais pelas entidades públicas da administração central que participem na vistoria.

A caracterização do parecer emanado pelas Estradas de Portugal, S.A., em matéria de publicidade é particularmente relevante nesta matéria, uma vez que pensamos não dever o mesmo, enquanto mero ato interlocutório, ser alvo de uma liquidação própria de taxa, liquidação esta que tem apenas como efeitos custear ilegitimamente aquela entidade e duplicar os encargos que impendem sobre os interessados. Neste sentido, Suzana TAVARES DA SILVA, *As Taxas e a Coerência do Sistema Tributário*, CEJUR, Braga, 2.ª ed., 2013, p. 66 e Dulce LOPES, «Repercussões do licenciamento zero na gestão (urbaística) municipal», in *Direito Regional e Local*, n.º 17, 2012, pp. 18-29. Em sentido contrário vide o cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 288/2010, de 13 de julho de 2010, os Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo de 25 de Junho de 2009 (processo 243/09) e de 3 de Abril de 2013 (processo 01316/12), o Acórdão do Tribunal

para a fixação do valor das taxas³⁵.

iii) A desmaterialização também se reflete nas novas formas de liquidação e pagamento das taxas. Desde logo, para além de se ter passado a admitir com maior generalidade a liquidação de taxas em dois momentos distintos (no momento em que o processo é submetido à apreciação municipal e no momento em que é decidido), de modo a diferenciar as taxas pela prestação de um serviço da Administração e as taxas devidas pela remoção de um obstáculo jurídico ao exercício de uma atividade ou pela utilização privativa de um bem público, passaram a prever-se mecanismos de autoliquidação de taxas, nos quais é o próprio sujeito passivo a definir, tendo por base as normas aplicáveis, o valor da taxa a pagar. Estes mecanismos são visíveis no Regime Jurídico da Urbanização e Edificação, no artigo 36.º-A, n.º 2, relativamente à comunicação prévia, e no artigo 113.º, n.º 3, relativamente à autorização de utilização (cfr. ainda o artigo 117.º, n.º 5 do mesmo diploma).

Central Administrativo Sul, de 11 de Abril de 2013 (processo 08767/12) e a Recomendação do Provedor de Justiça, R-267/08, publicada no Relatório à Assembleia da República de 2008, Lisboa, Provedoria de Justiça – Divisão de Documentação, 2009, pp. 205-209.

³⁵ Esta técnica legislativa, apesar de não nos surpreender, merece a nossa censura, pelo menos quando dela resultem indicações sobre os critérios a utilizar na definição do montante das taxas que coarctem seriamente a autonomia que os municípios deviam ter nesta matéria. É o que pensamos acontecer no âmbito da Lei n.º 27/2013. Nesta o artigo 22.º define que o montante da taxa ou preço pelo espaço de venda, atribuído por ato público, “é determinado em função do valor por metro quadrado ou linear e da existência dos seguintes fatores considerados fundamentais para o exercício da atividade: *a)* Tipo de estacionamento, coberto ou não coberto; *b)* Localização e acessibilidades; *c)* Infraestruturas de conforto, nomeadamente instalações sanitárias, rede pública ou privada de água, rede elétrica, rede de telecomunicações, pavimentação do espaço; *d)* Proximidade do serviço público de transportes, de parques ou zonas de estacionamento; e *e)* Duração da atribuição”. Ainda que o artigo 20.º, n.º 3, admita alguma flexibilidade, por permitir a previsão de lugares em feiras para participantes ocasionais (como pequenos agricultores, artesãos, vendedores ambulantes), a listagem do artigo 22.º, ao que parece fechada, exclui outros critérios que podem ser relevantes para a determinação das taxas – e aos quais os municípios dão tradicionalmente particular atenção – como sejam a tomada em consideração da capacidade contributiva dos sujeitos passivos e a existência de infraestruturas de recreio e animação do evento.

Na medida, porém, em que a definição do valor das taxas pelo próprio interessado suscitou elevada polémica (relacionada com a dificuldade de compreensão dos regulamentos municipais de taxas, com o aumento da possibilidade de ocorrência de erros na liquidação e com o difícil controlo que a Administração passou a ter sobre o efetivo pagamento das taxas), este mecanismo foi, no âmbito dos regimes jurídicos do Licenciamento Zero e da Lei n.º 27/2013, substituído por um outro que fica a meio caminho. A liquidação, nestes casos, é feita pela Administração³⁶, ainda que com base nas declarações fornecidas pelo requerente, o que significa uma partilha de responsabilidade na determinação do valor da taxa³⁷. No âmbito do Sistema de Indústria Responsável (artigo 79.º, n.º 4), o sistema é ainda mais complexo, pois nalgumas situações há lugar a emissão de guias para pagamento, enquanto que noutras há lugar a autoliquidação previamente ao ato que dê início ao respetivo procedimento.

O pagamento é feito, em regra, por via eletrónica, devendo ser conservado o comprovativo pois este tem, em grande parte dos casos de desmaterialização, a virtuosidade de servir (conjuntamente com o comprovativo de apresentação da comunicação

³⁶ Em regra esta liquidação é feita de forma automática. No âmbito do Licenciamento Zero consagra-se, contudo, uma regra especial nas taxas devidas pelos procedimentos respeitantes a operações urbanísticas e pela ocupação do espaço público, cuja determinação do montante a pagar não resulte automaticamente do balcão, por esta determinação depender de características muito concretas das ocupações pretendidas, como a área ocupada e o tempo pretendido. Neste caso, o município terá cinco dias contados do pedido para disponibilizar os elementos necessários ao pagamento por via eletrónica, sendo que apenas após este pagamento estará o explorador habilitado a iniciar a ocupação pretendida (artigo 18.º, n.º 4). De acordo com o artigo 23.º, n.º 2 da Lei n.º 27/2013, a liquidação do valor da taxa ou preço é igualmente efetuada automaticamente no balcão único eletrónico dos serviços, embora nas situações de indisponibilidade do balcão único eletrónico dos serviços, a entidade competente disponha de cinco dias após a comunicação ou o pedido para efetuar a liquidação da taxa ou preço (n.º 3).

³⁷ Responsabilidade esta que pende, no entanto, mais para o interessado, uma vez que este pode ser notificado para pagar o valor adicional das taxas (sempre que se constate que as informações prestadas e que serviram de base à liquidação não correspondam à verdade) bem como pode ser-lhe movido um processo por falsas declarações (cfr. artigo 28.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 48/2011).

ou da sua aceitação/deferimento) de título para o exercício da atividade pretendida³⁸.

iv) Os processos de desmaterialização não têm como intuito influenciar *diretamente* a matéria de cobrança de taxas pelos municípios. Pelo contrário, o legislador remete, em regra, a questão do *se* e do *quanto* da cobrança de taxas para a autonomia financeira do Município e para a regulamentação que este venha a fazer dentro dos limites legais.

Não obstante pensamos que há pelo menos um tipo de situações em que se operou uma clara perda de receita municipal por determinação da lei, resultante da eliminação de controlos prévios ao exercício da atividade privada por parte da Administração.

Tal é visível no âmbito do licenciamento zero, em matéria de taxas de publicidade cobradas pelos municípios. Agora, naquelas situações em que a afixação de publicidade não se encontra sujeita sequer a mera comunicação previa, deixou de existir base legal para a cobrança de quaisquer taxas, dada a ausência de controlo municipal de uma atividade que se liberalizou plenamente à luz do regime jurídico do licenciamento zero³⁹.

Esta alteração legal vem de certa forma contrariar o que foi afirmado pelo Tribunal Constitucional, no seu Acórdão n.º 177/2010, de 5 de maio (e posteriormente reiterado, designadamente no Acórdão n.º 360/2010, de 6 de outubro), numa decisão que não considerou inconstitucional a taxa instituída pelo Muni-

³⁸ Cfr. artigo 16.º do Regime Jurídico do Licenciamento Zero. Mesmo no âmbito do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação, a eficácia da comunicação prévia surge com o pagamento das taxas, dado que antes desse pagamento o comunicante não pode iniciar a obra. Também neste sentido, cfr. Fernando ALVES CORREIA, *Manual de Direito do Urbanismo*, Vol. III, Coimbra, Almedina, 2010, p. 164.

³⁹ O que significa que nestes casos não há prestação de um qualquer serviço individual ou individualizável pela Administração, nem a remoção de um obstáculo legal ao exercício de uma atividade. A única situação em que a cobrança de taxas é possível (como o atesta o artigo 1.º, n.º 3 da Lei n.º 97/88, de 17 de agosto) é aquela em que a afixação de publicidade motiva a utilização de espaço público ou a aplicação do regime jurídico da conservação da natureza e biodiversidade, sendo devido o pagamento de taxas por estas razões.

cípio de Guimarães sobre o licenciamento de painéis publicitários instalados em propriedade privada⁴⁰. Na verdade o que resulta do Licenciamento Zero é uma presunção legal de que a publicidade não sujeita sequer a mera comunicação prévia (podendo, por isso, ser afixada sem qualquer intervenção prévia da Administração) não provoca lesão relevante ao interesse público urbanístico, não afetando de forma significativa, em termos comunicacionais, o espaço ambiental que deve poder – e continua a poder, na perspectiva do legislador – ser fruído por todos⁴¹.

Também com as situações em que existe uma mera comunicação ou comunicação prévia, de cariz declarativo, se pode questionar se pode haver cobrança de taxas por parte da Administração. Neste caso, é claro que não há como remunerar um encargo ocasionado pela remoção de um obstáculo jurídico ao exercício de uma actividade de que o sujeito passivo é único beneficiário ou beneficiário diferenciado, uma vez que aquele obstáculo deixou de existir, por opção legal, nem haverá, na maioria dos casos, de “compensar” a comunidade por um uso/aproveitamento individualizado que o sujeito passivo faz de um bem de domínio público.

⁴⁰ O Tribunal Constitucional afirmou, infletindo jurisprudência anterior, a natureza bilateral da taxa de publicidade por a mesma se traduzir na prestação de um serviço municipal: a emissão de um título, que impõe a avaliação do cumprimento das normas regulamentares e legais sobre afixação de publicidade, e da qual o interessado retira um benefício individualizado. Para o Tribunal não está meramente em causa a defesa geral do interesse público (de um adequado interesse urbano) mas a concessão de um título ao interessado que lhe dá acesso a uma “particular fruição, em termos comunicacionais, do espaço ambiental, necessária à realização da utilidade individual procurada, a qual não se confunde com o gozo passivo desse espaço, ao alcance da generalidade dos cidadãos”. Com reservas sobre esta solução jurisprudencial, *vide* Suzana Tavares da Silva, *cit.*, pp. 63-64.

⁴¹ Apesar de o artigo 1.º, n.º 3 da Lei n.º 97/88, de 17 de agosto estabelecer uma exceção à desnecessidade de intervenção da Administração no caso de utilização do espaço público, deve anotar-se que esta noção não tem o sentido amplo resultante da jurisprudência do Tribunal Constitucional mencionada na nota anterior. Pelo contrário, como resulta do artigo 10.º, n.º 1 e do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 48/2011, espaço público é sinónimo de domínio público municipal, sendo “entendido como a área de acesso livre e de uso colectivo afecta ao domínio público das autarquias locais” e não de um indeterminado espaço público comunicacional.

No entanto, já é defensável que continue a haver lugar, neste caso, a prestações divisíveis e individualizáveis de serviços públicos, que são motivadas directamente pelo sujeito passivo e de que ele é beneficiário. De facto, não obstante não haja lugar à prática de um qualquer ato autorizativo, não deixa a informação (comunicação) prestada pelo interessado de envolver necessárias tarefas administrativas quais sejam as de controlar os elementos entregues e a de registar e conservar os mesmos, facultando-os a outras entidades públicas sempre que lhe sejam legitimamente solicitados. Assim, consideramos que nestas situações, porque há um benefício individualizado concedido por órgãos concretos da Administração, pode ser cobrada uma taxa que cubra o custo associado à prestação daqueles serviços, o que apontará para uma taxa reduzida dada a limitada (mas certa) quantidade de serviços agora imputados ao município⁴².

Não é esta a posição de parte da doutrina que considera, relativamente ao mapa de horário do funcionamento, que “aqui o particular limita-se a informar o município sobre qual o horário que pratica, nos limites do permitido pela lei e pelo regulamento, de modo a facilitar uma eventual fiscalização posterior. Em boa verdade, o legislador poderia até limitar-se a exigir que o titular do estabelecimento afixasse o mapa de horário de funcionamento em lugar visível do exterior de modo que este fosse facilmente legível pelos consumidores e pela fiscalização”⁴³. No entanto, não

⁴² Pensamos ainda que na determinação da taxa podem ser tomados em consideração factores de desincentivo (agravando, por exemplo, sucessivas alterações dos horários de funcionamento dos estabelecimentos), desde que estes não desvirtuem o critério acima indicado, o que não pode levar, portanto, a um valor excessivo de desincentivo.

Há ainda casos em que à informação aludida em texto (de início dos trabalhos) se aliam outras responsabilidades da administração, como sejam as de gestão de resíduos de construção e demolição, que devem poder ser repercutidas nos seus beneficiários. É o caso do artigo 3.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 46/2008, de 12 de Março, segundo o qual a gestão de resíduos produzidos em obras particulares isentas de licença e não submetidas a comunicação prévia cabe à entidade responsável pela gestão de resíduos urbanos.

⁴³ Vide Fernanda Paula OLIVEIRA, Maria Manuel LEITÃO MARQUES, Mariana RAFEIRO, Ana Cláudia GUEDES, *cit.*, p. 187. Para as autoras, os municípios podem obviamente cobrar uma

foi esta a opção do legislador, que expressamente sujeitou o mapa de horário a mera comunicação prévia, impondo uma atuação municipal, que, a nosso ver, deve ser remunerada.

Acresce que em certas situações é o próprio legislador que afirma o pagamento de taxas no âmbito – apenas e só – da receção de meras comunicações prévias, como sucede no próprio Licenciamento Zero, de acordo com o qual “a mera comunicação prévia consiste numa declaração que permite ao interessado proceder imediatamente à abertura do estabelecimento, à exploração do armazém ou ao início de actividade, consoante os casos, após pagamento das taxas devidas” (artigo 4.º, n.º 2), e no âmbito do Sistema de Indústria Responsável, relativamente aos estabelecimentos de tipo 3 [artigo 79.º, n.º 1, alínea c)].

5. Influência da desmaterialização na criação de “novas” taxas ou novos meios de financiamento da Administração

O último ponto sobre o qual nos deteremos e que permite compreender a amplitude das influências da desmaterialização no funcionamento da Administração municipal, passa pela análise da viabilidade de criação de novos meios de financiamento que compensem a Administração pela transformação verificada nos processos de lançamento, liquidação e cobrança de taxas pelos municípios.

Nas palavras impressivas de Suzana Tavares da Silva, é “importante destacar que a *substituição* de instrumentos de controlo prévio como as licenças, por mecanismos de controlo *a posteriori* que hão-de incluir serviços de fiscalização do cumprimento pelos interessados dos critérios pré-determinados pelas entidades públicas, tem como principal objectivo a desburocratização e a simplificação administrativa. Já a redução dos custos destas entidades pode não diminuir, pois os serviços têm de manter-se apesar da

taxa a quem pretenda um “horário à medida”, ou seja, a quem deseje praticar um horário fora dos limites legais e regulamentares, o qual depende de permissão administrativa prévia para que possa ser praticado, com o que, naturalmente, concordamos.

modificação do momento e do tipo de controlo. Assim, continua a ser necessário financiar estes serviços e faz sentido, dada a actual redução das receitas fiscais, que sejam os interessados a suportar esses custos”⁴⁴.

O que levanta a questão de saber como financiar de modo suficiente as novas ou renovadas tarefas que são imputadas aos municípios, em especial em matéria de fiscalização *a posteriori* das atividades agora liberalizadas ou sujeitas a um controlo administrativo preventivo mais ténue.

A este propósito pensamos que há casos em que continua a ser justificado o pagamento de taxas em situações em que a prestação do serviço pela Administração implica o custeio de serviços de fiscalização, em especial de vistorias (cfr. artigo 93.º e ss. do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação). É o caso inequívoco de pedidos de receção provisória ou definitiva de obras de urbanização, precedidos necessariamente de vistoria (artigo 87.º, n.º 2 do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação), mas é também o caso da autorização de utilização que pode motivar, nos termos legais, realização de vistoria para verificar a conformidade do edificado com as normas legais e regulamentares aplicáveis e com o uso pretendido e/ou com o projeto de arquitetura e de arranjos exteriores aprovado. Não obstante no regime atualmente constante do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação esta vistoria não preceda necessariamente a emissão da autorização de utilização ou da autorização da alteração de utilização, sendo encarada pelo artigo 64.º como um cenário eventual, dependente de um juízo da responsabilidade do presidente da câmara municipal, a mesma não deixa de constituir parte integrante da tramitação da autorização de utilização⁴⁵.

⁴⁴ *Cit.* nota de rodapé 152. Efetivamente a redução de custos, promovida pela desmaterialização, visa essencialmente desonerar o agente económico o que não significa necessariamente aliviar as responsabilidades que impendem sobre a Administração, que se vê confrontada com a necessidade de reengenharia de procedimentos e de reafecção de recursos, sobretudo humanos.

⁴⁵ A realização da vistoria é determinada quando existam indícios sérios de desconformidade com o projecto de obra ou, no caso de este não existir, de que o edi-

Nestes processos, portanto, a taxa a pagar pelo interessado pode e deve tomar em linha de conta os encargos da vistoria ordenada – ou passível de o ser em face dos elementos constantes do processo de obra – uma vez que se trata de uma atividade de fiscalização que é imputada a uma solicitação do interessado, sendo este o beneficiário da utilidade individualizada gerada pela atuação da Administração.

Mas julgamos ser igualmente defensável que seja cobrada uma taxa ao requerente de uma vistoria relativamente a imóveis de terceiros (vizinho, senhorio) para constatar a situação de ruína ou de más condições de salubridade e segurança do mesmo, quando a infração alegada não seja constatada⁴⁶. Nestas situações, muito embora o município não deixe de estar a exercer uma atividade de fiscalização⁴⁷, a mesma é motivada por um pedido do interessado que é o único que dela retira um benefício individualizável (ainda que possa não corresponder ao por ele inicialmente pretendido).

fício ou fracção não são idóneos para o fim pretendido, ao que acrescentaríamos, em qualquer dos casos a existência de indícios sérios de violação de normas legais e regulamentares, uma vez que também esta questão cabe no âmbito de apreciação da autorização de utilização [alíneas b) e c) do n.º 2 do artigo 64.º] e, sempre, quando o pedido da emissão da autorização de utilização não seja instruído com os termos de responsabilidade previstos no artigo 63.º [alínea a) do n.º 2 do artigo 64.º].

⁴⁶ Podendo a cobrança da taxa ter lugar no momento do levantamento dos resultados da vistoria.

Note-se que nestes casos, a solicitação do interessado, ainda que não dê imediatamente lugar a um processo de conservação ou demolição do edificado, em virtude das deficientes ou graves condições urbanísticas deste, ou a um processo de adoção de medidas de tutela da legalidade urbanística (procedimentos estes que são da iniciativa oficiosa da Administração) — o que pode não chegar a acontecer —, dá lugar à realização de um ato de fiscalização ou vistoria, fundando a necessidade de intervenção municipal.

⁴⁷ Que, todavia, não se reconduz a uma definição própria das prioridades de fiscalização pelo município, podendo inclusive prejudicar a normal atuação dos serviços municipais. Acresce que se não se admitisse, nalgumas situações, a taxação destas solicitações de privados, se enredaria o município num conjunto de pedidos que extravazam as suas funções pois resultam essencialmente de litígios de vizinhança. Apontando no sentido de que nestas situações pode ser cobrada uma taxa moderadora, pelos objetivos aludidos nesta nota, *vide* Suzana TAVARES DA SILVA, na resposta à pergunta 4 da Memória das questões formuladas previamente e das suscitadas durante o debate, incluída neste mesmo Livro.

Não é esta, porém, a posição do Provedor de Justiça (Recomendação n.º 14-A/12), que relativamente às vistorias por reclamação contra terceiros estabelecidas no regulamento municipal de Câmara de Lobos, considera que o munícipe particular que expõe a situação à câmara municipal não se limita a protagonizar um interesse de natureza privada, determinando a averiguação de factos que poderão revelar-se ilícitos e lesivos do interesse público confiado ao município, sendo que a fiscalização pelo município ocorre em função desse mesmo interesse público e não como serviço prestado ao requerente. Para o Ex.^{mo} Provedor de Justiça, “vistoriar uma obra cuja ilegalidade se reclama não é, pois, apenas um poder, como também, e essencialmente, um dever funcional que acorre à edilidade e aos seus serviços”, pelo que não poderia ser taxada. Ora, levando ao extremo este raciocínio nenhuma situação em que houvesse lugar ao exercício de tarefas de fiscalização – uma vez que todas elas correspondem a um dever funcional dos municípios – poderia motivar o lançamento de taxas, o que não nos parece correto, dada a existência de um concreto interesse individual que é satisfeito nos casos acima expostos.

Nas demais situações, nas quais a intervenção dos serviços de fiscalização municipal é integralmente reconduzida à concretização de um poder-dever da Administração (de fiscalização das obras ou atividades em execução), por exemplo no âmbito de fiscalização para aferir do nível de utilização e conservação do edificado, do cumprimento das normas aplicáveis à ocupação do espaço público ou da publicidade ou da existência de obras ilegais, a imposição de taxas não cumpre, efetivamente, o critério da bilateralidade ou sinalagmaticidade constitucionalmente exigido, sendo, por isso, ilegítima⁴⁸.

⁴⁸ Este raciocínio aplica-se, portanto, à maioria das situações de mera comunicação prévia a que nos vimos referindo, que não podem ser taxadas em virtude das maiores despesas que trazem aos serviços de fiscalização municipal. Todavia, este raciocínio não se aplica, a nosso ver, à comunicação prévia do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação (nem à comunicação prévia com prazo do Licenciamento Zero), uma vez que aqui a taxa destina-se a remunerar a remoção de um obstáculo jurídico ao exercício de uma atividade, pois em causa estão ainda atos de natureza permissiva. Não concordamos, por isso, com Suzana TAVARES DA SILVA, *cit.*, p. 70, quando refere que as

É exigido aos municípios, portanto, que perante a diminuição de receitas das autarquias locais, continuem a satisfazer um conjunto amplo de necessidades, sem recorrer, como tem sucedido, à criação nem sempre adequada de taxas, com o objectivo único de arrecadar receitas⁴⁹.

As alternativas disponíveis são, no entanto, muito limitadas. Numa altura em que as transferências do Estado são cada vez menos sonantes, os limites à contração de empréstimos cada vez mais estritos, as possibilidades de rentabilização de bens e serviços próprios cada vez menos relevantes dada a contração dos mercados, a alternativa de financiamento mais viável para os municípios poderia passar pela previsão legal de contribuições financeiras que permitissem financiar os serviços de fiscalização e outros serviços prestados pelos municípios que criem utilidades públicas concretas mas, em regra, não individualizáveis ou divisíveis.

Pensamos que apenas com a instituição de contribuições financeiras, na sequência da aprovação de uma clara habilitação legal para o efeito, se poderia tratar de forma global e integrada a questão do financiamento municipal, dando resposta à necessidade de coerência fiscal para que apela Suzana Tavares da Silva⁵⁰.

Até lá, os municípios vão tentando colmatar as suas carências financeiras como podem, dedicando mais atenção – como

taxas nos procedimentos de comunicação prévia (no Regime Jurídico da Urbanização e Edificação), deixam de ser devida pela remoção do obstáculo jurídico e passam a ser devida para financiar os serviços de fiscalização.

⁴⁹ Cfr. Suzana TAVARES DA SILVA, *cit.*, p. 14. No âmbito do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 470/02, de 13 de Novembro (na sequência do Acórdão 415/2002), considerou esta Alta Instância jurisdicional que o pagamento à autarquia da ‘compensação pela modificação da resistência dos pavimentos e pelas despesas de fiscalização’ directa e concretamente conexionado com obras levadas a cabo na via pública por certa entidade podia ser considerada uma taxa, recorrendo no entanto a um critério temporal, por o tributo ter sido criado por regulamento municipal em data anterior à Constituição de 76 e por apenas a contrariar ao nível da ‘forma’ (tomada em sentido amplo), não se vislumbrando ofensa aos ‘princípios’ consignados na Constituição.

⁵⁰ Suzana TAVARES DA SILVA, *cit.*, p. 18. Para a autora até à criação de um regime geral das contribuições financeiras aplicáveis às entidades públicas, não se vislumbra alternativa válida à recondução destes tributos ao regime jurídico dos impostos.

aliás, lhes é devido – à área da fiscalização, na esperança, desde logo, de arrecadação de mais receita por via das contraordenações.

A tentação desta “compensação” de valores por via contraordenacional⁵¹ é, no entanto ilusória, não só em face da diferença de funções entre taxas e coimas, como também em razão da arrecadação puramente eventual destas últimas.

Não se dispensa, portanto, uma intervenção legislativa que, colocando em retrospectiva todas as mudanças trazidas pelo movimento de desmaterialização à normal atividade municipal, permita que os municípios continuem a dispor de suficientes meios de financiamento para se ajustarem aos novos desafios que lhes têm vindo a ser impostos.

⁵¹ Nos termos do artigo 98, n.º 11 do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação, o produto da aplicação das coimas reverte para o município, inclusive quando as mesmas sejam cobradas em juízo. Idêntica solução se encontra no Decreto-Lei n.º 48/2011 (artigo 29.º, n.º 2).

El pago de la cuenta de la ciudad de Santiago de Chile

“Pagar a conta da cidade”
em Santiago do Chile

Sergio Alburquenque

Profesor de la Facultad de Derecho Universidad Diego Portales (Chile)

1. Introducción. 2. La ciudad de Santiago – contexto país: 2.1. Chile – Estado unitario. 2.2. El principio de subsidiariedad. 2.3. La privatización de los servicios públicos. 2.4. La Constitución tributaria: 2.4.1. Chile: ¿Estado fiscal o tributario? 2.4.2. Los principios constitucionales tributarios; 2.4.3. Noción de tributo y sus especies; 2.4.4. Poder o potestad tributaria. 2.4.5. Noción de tarifa. 3. La cuenta de la ciudad de Santiago: 3.1. La cuenta de la salud: ¿Cómo se gestiona y financia la salud en Chile? 3.2. La cuenta de la educación: ¿Cómo se gestiona y financia la educación en Chile? 3.3. La cuenta del transporte público. 3.4. La cuenta de las autopistas urbanas en Santiago. 3.5. La cuenta de la luz eléctrica. 3.6. La cuenta del agua potable y la recolección y disposición de aguas residuales. 4. La cuenta de la ciudad y las Municipalidades: 4.1. Funciones de las municipalidades. 4.2. Autonomía “financiera” municipal. 4.3. Los ingresos municipales “tributarios”. 4.4. Otros ingresos municipales: Fondo Común Municipal. 5. Conclusiones.

1. Introducción

Santiago de Chile es un nombre indicativo de varias cosas: la capital del país, una provincia de la Región Metropolitana (RM)¹, una comuna y, más coloquialmente, una “gran ciudad” que comprende un conjunto de comunas.

La idea de “gran ciudad” se funda no sólo en la cantidad de comunas que la integran, sino también en el número de personas que residen en ella. En efecto, más del 40% de la población total del país vive en Santiago², siendo ésta además el centro del poder político³, económico⁴, financiero y social del país. Y no sólo eso, ya que igualmente es la ciudad del país con más vehículos⁵, mayor generación de basura⁶ y consumo eléctrico⁷. Todo lo anterior, sin contar

¹ La Región Metropolitana está integrada por 52 comunas.

² La población actual de Chile –según cifras no confirmadas del Censo 2012– sería de 16.572.475 habitantes. El 40,33% residiría en la “gran ciudad de Santiago”.

³ En Santiago se ubica la sede de los poderes Ejecutivo y Judicial. En 1990, por razones de descentralización, se trasladó el Congreso a la ciudad de Valparaíso (ubicada a tan sólo 120 Km. del Gran Santiago).

⁴ Concentra alrededor del 44% del PIB chileno.

⁵ La Región Metropolitana tenía en 2011 cerca de 1,5 millones de vehículos motorizados en circulación. Cfr. INE (2011), *Parque de Vehículos en Circulación*, p. 22, (fecha de consulta: 03 julio 2013). Disponible en: http://www.ine.cl/canales/menu/publicaciones/calendario_de_publicaciones/pdf/2012/parque_vehiculos_2011.pdf

⁶ En “la Región Metropolitana, que concentra casi el 50% de la población nacional, se genera la mayor cantidad de residuos municipales [sin contar los residuos industriales] con una participación del 43%, seguidas de las regiones de Biobío con un 10% y de Valparaíso con un 7,4%”. Cfr. MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE, *Informe del Estado del Medio Ambiente 2011*, pp. 142 y ss., pdf, (fecha de consulta: 03 julio 2013). Disponible en: http://www.mma.gob.cl/1304/articles-52016_InformeEstadoMedioAmbiente_Completo_2011.pdf

⁷ El mapa de consumo eléctrico muestra a la Región Metropolitana con la mayor participación dentro del contexto nacional (29,28%). Por sectores, la minería es el principal consumidor de energía del país. Cfr. INE (2008), *Distribución y Consumo Energético en Chile*, Boletín Informativo del Instituto Nacional de Estadísticas, p. 6, pdf, (fecha de consulta: 03 julio 2013). Disponible en: http://www.ine.cl/canales/sala_prensa/archivo_documentos/enfoques/2008/septiembre/energia_pag.pdf

el problema que genera el emplazamiento geográfico de la ciudad, en particular, la contaminación atmosférica⁸. Por tanto, son notas características de la ciudad objeto de este trabajo –entre otras– el centralismo, los altos niveles de concentración poblacional y de intereses políticos, económicos, financieros, sociales y culturales. En razón de todo ello, podría sostenerse –parafraseando a Guzmán Brito⁹– que el Estado tiende a confundirse en la “ciudad-capital”.

Otra de las características a considerar para el análisis del tema que ahora nos ocupa –el pago de la cuenta de la ciudad de Santiago– es la gran heterogeneidad y desigualdad de ingresos entre las distintas comunas que componen la capital chilena.

Ahora bien, Santiago como cualquiera otra ciudad, necesita para su mantención y normal desenvolvimiento la prestación continua de bienes y servicios públicos, relacionados con el suministro de energía eléctrica y agua, el transporte público, las telecomunicaciones, la recolección de basuras y el tratamiento de residuos, la limpieza de calles, la mantención de plazas y jardines, el alumbrado público, la salud, la educación, la cultura, la seguridad pública, el tránsito, la protección del medio ambiente, la conservación del patrimonio histórico, etcétera¹⁰.

La satisfacción de tales necesidades supone costos o gastos. En este sentido, para los efectos de este trabajo, la “cuenta” es fundamentalmente gasto y, en consecuencia, el gasto de la ciudad de Santiago, no sólo de la Municipalidad de Santiago o del conjunto de comunas de la provincia o la Región Metropolitana, sino también el gasto que debe soportar –en relación a la ciudad– el Gobierno central, incluso los propios ciudadanos.

⁸ Santiago presenta altos niveles de contaminación atmosférica, situación que tiene entre sus causas importantes el emplazamiento geográfico. En efecto, Santiago se sitúa en un valle rodeado por cordones montañosos, situación que dificulta –especialmente en invierno– el ingreso de vientos y genera una masa de aire contaminado.

⁹ GUZMÁN (1991), “La Ciudad-Estado en Hispanoamérica”, p. 265.

¹⁰ La doctrina ha puesto de relieve que algunos de estos servicios públicos son los pilares sobre los que se asientan las sociedades modernas. Véase VILLAR (1993), *Privatización de Servicios Públicos*, p. 23.

Por lo tanto, la finalidad que se persigue con el presente trabajo es intentar dar respuesta a una serie de interrogantes: ¿Cómo se financian los gastos indicados? ¿Con cargo a la colectividad en su conjunto o con cargo a los propios usuarios de los servicios que deben soportan –en todo o en parte– el gasto que comporta su prestación? ¿Con impuestos, contribuciones especiales, tasas, precios, tarifas, derechos, etc.? ¿Con otro tipo de ingresos? En suma, determinar quién paga la cuenta de la ciudad de Santiago.

Desde ahora conviene observar que sólo algunos de los bienes y servicios indicados son prestados por las municipalidades, que la educación y la salud primaria han sido traspasadas a los municipios, que las municipalidades disponen de algunos ingresos tributarios (pero sus ingresos más importantes provienen de asignaciones presupuestarias) y que desde la década de los ochenta el país está inmerso en un proceso de privatización de los servicios públicos.

En cuanto a la razón de orden, comenzaremos haciendo una breve referencia al contexto país en que se encuadra la problemática de la “cuenta de la ciudad de Santiago”. Luego analizaremos algunas de las cuentas particulares. En todos los casos, haremos mención a la forma cómo se gestiona y financia la provisión de los bienes y servicios. En la última parte, analizaremos el tema de la cuenta de la ciudad y las municipalidades.

2. La ciudad de Santiago – contexto país

2.1. Chile – Estado unitario¹¹

Chile es un Estado unitario que se divide en regiones (15), provincias (54) y comunas (346), más los territorios es-

¹¹ La historia de Chile registra un intento de federalismo en 1826, conocido como “Ensayo Federal chileno”, el cual abortó principalmente por defectos de forma en la aplicación de los principios federalistas (v. g., el número de provincias –demasiadas– en que se dividió el país, la falta de recursos financieros para que subsistieran, etc.).

peciales insulares de Isla de Pascua y Archipiélago de Juan Fernández.

La doctrina ha señalado respecto a la frase “El Estado de Chile es unitario”¹², y este es un dato importante de retener para cuando examinemos el tema del poder tributario, que ella “significa reconocer que el Estado chileno tiene un solo centro de impulsión política, que está dado por los órganos del Gobierno Central; sólo el Gobierno y Congreso desarrollan la función legislativa, no hay ningún otro organismo que tenga competencias legislativas”¹³.

2.2. El principio de subsidiariedad

Según la doctrina predominante, este principio¹⁴ haría necesaria la limitación de la intervención pública en la economía, consintiéndose únicamente la ingerencia estatal donde el mercado se revele insuficiente. En otros términos, se trataría de un principio garantista de la libertad de los particulares y un límite a la acción del Estado. En el mismo sentido, se señala que la subsidiariedad sería un punto central del “Orden Público Económico”¹⁵. Ahora bien, otro sector de la doctrina ha intentado relati-

¹² Artículo 3º CPE. También dispone que la administración del Estado será funcional y territorialmente descentralizada o desconcentrada, y que es deber del Estado promover el fortalecimiento de la regionalización del país y el desarrollo equitativo y solidario entre las regiones, provincias y comunas del territorio nacional.

¹³ VERDUGO *et al.* (2012), *Derecho Constitucional*, p. 115.

¹⁴ La subsidiariedad no está explícitamente mencionada en la Constitución, sin embargo varios autores la vinculan –principalmente– con el artículo 1º, inciso 3º (“El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos”) y artículo 19 N° 21 (derecho a desarrollar cualquier actividad económica y reserva de ley de quórum calificado para que el Estado pueda desarrollar actividades empresariales).

¹⁵ CEA EGAÑA (1988), *Tratado de la Constitución de 1980*, p. 158, lo define como el “conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía del país y facultan a la autoridad para regularla de acuerdo a los valores de la sociedad nacional articulados en la Constitución”. En la misma línea, FELIÚ (2001), “Los tributos en la Constitución”, pp. 332-333, afirma: “Los temas que la Comisión estimó eran comprensivos del ‘Orden público económico’ di-

vizar la importancia del principio, señalando –por ejemplo– que en cuanto criterio de competencia, “es una regla no operativa y de organización que a lo sumo fija una directriz abierta acerca de la delimitación de lo privado y lo público”¹⁶. Nuestro propósito no es terciar en esta discusión, sino tan sólo poner de relieve que la subsidiariedad influye en grado significativo en la demarcación de los ámbitos de lo público y lo privado. En esta misma línea, creemos que ha tenido –y tiene– una incidencia importante en la organización, gestión y financiamiento de los bienes y servicios públicos.

2.3. La privatización de los servicios públicos

La privatización de servicios públicos implica –entre otras cosas– la sustitución de papel del Estado como proveedor de bienes y servicios por la tarea de regular la relación entre las entidades operadoras y los usuarios. En Chile el proceso de privatización de las empresas de servicios públicos se ha realizado paulatinamente –y con mayor énfasis– a partir de la década de los ochenta¹⁷⁻¹⁸.

cen relación con el incentivo de la actividad privada, el respeto de la igualdad ante la ley y las limitaciones al gasto del Estado”. Esta visión es criticada por algunos autores. Por ejemplo, FERRADA (2000), “La Constitución Económica de 1980: Algunas Reflexiones Críticas”, p. 53, ha señalado que “[l]a ‘constitución económica’ chilena es una expresión normativa del sistema y modelo económico definido por los economistas liberales del régimen militar que se diseña, teniendo como modelo un programa económico neoliberal impulsado por la Escuela de Chicago. En este sentido, el rol que se entrega al sector privado y al mercado dan cuenta de un enfoque institucional en el que el Estado carece de protagonismo, salvo para garantizar las libertades económicas reconocidas a los ciudadanos”.

¹⁶ ZÚÑIGA (2001), “Constitución Económica y Estado empresario”, p. 373.

¹⁷ Sin embargo, ya desde mediados de los años setenta comienzan a dictarse normas que autorizan la enajenación de toda clase activos por parte del Fisco y sus instituciones (Decreto Ley N° 1056, de 1975).

¹⁸ En esta época se inicia también la privatización del sistema de pensiones con la dictación del Decreto Ley N° 3.500, de 13 de noviembre de 1980, por el cual se crea un sistema de pensiones derivada de la capitalización individual de las personas, capitalización que se efectuará en entidades privadas denominadas Administradoras de Fondos de Pensiones (AFPs).

Según Bermúdez¹⁹ el nuevo marco jurídico regulador de la relación entre las empresas prestadoras y los usuarios busca un doble propósito, por un lado, establecer reglas para los particulares que adquieran las empresas que hasta ese momento eran públicas y, por otro, garantizar que no abusen de su posición dominante en relación a la calidad del servicio y a la tarifa cobrada. En cualquier caso, este proceso no ha supuesto que las empresas estatales hayan desaparecido por completo, pero es evidente el aumento de la participación privada en la provisión de bienes y servicios. Durante la década de los noventa –y hasta la fecha– se aprecia la misma tendencia, pasando los particulares a tener funciones importantes en ámbitos normales del quehacer público (v. g., concesiones de carreteras, cárceles, hospitales, etc.).

Nos interesa detenernos por un momento en el proceso de regulación de servicios públicos que constituyen monopolios naturales, en especial los sectores eléctrico y sanitario. Según se ha encargado de destacar Alé, un “nuevo esquema de regulación” se ha venido aplicando a cada uno de los servicios monopolísticos, aunque las soluciones no sean necesariamente coincidentes en la práctica. Los presupuestos de dicho “nuevo esquema” estarían recogidos en las leyes sectoriales. En este sentido, tiene que haber un máximo bienestar para la comunidad y eficiencia en la gestión y en el desarrollo de los servicios públicos. De igual modo, se supone una función activa del Estado, pero simultáneamente subsidiaria²⁰. Por otro lado, se tiene que establecer un sistema eficaz de subsidio a los sectores que no alcanzan a financiar el servicio. Asimismo, se debe modernizar la estructura empresarial del Estado de modo tal que las empresas públicas operen con la flexibilidad propia de las empresas privadas. En fin, el modelo de tarificación²¹ debe estar informado por una

¹⁹ BERMÚDEZ (2005), “La regulación tarifaria de los servicios públicos”, p. 18.

²⁰ El Estado debe cumplir funciones normativas y fiscalizadoras dejando las netamente productivas al sector privado o a las empresas públicas que operen en el sector en igualdad de condiciones con las privadas.

²¹ ALÉ, *ob.cit.*, p. 183.

serie de principios fundamentales: eficiencia económica, autofinanciamiento, equidad e inteligibilidad.

2.4. La Constitución tributaria

La idea de “Constitución Tributaria” no ha sido directamente delineada por los tratadistas²² ni por la jurisprudencia nacional. La “Constitución tributaria” o “fiscal”, como señala Casalta Nabais, aunque no siempre se tenga mucha conciencia de ello, existe en todas las Constituciones. Creemos que la Constitución chilena no es la excepción. En sentido amplio, y siguiendo al mismo autor, la entendemos como el “conjunto de principios jurídico-constitucionales que disciplinan, al más elevado nivel, sea el *quién*, el *cómo* y el *cuándo* tributar, sea el *qué* y el *cuánto* tributar, estableciendo así una tela de límites a la tributación – de carácter formal, los primeros, de carácter material, los segundos”²³. En consecuencia, la “Constitución tributaria” comprende una serie de aspectos, como por ejemplo, la naturaleza fiscal o tributaria del Estado chileno, los principios jurídico-constitucionales de la tributación, la noción de tributo, la distribución constitucional del poder tributario, las finalidades del sistema tributario, el deber fundamental de pagar tributos o de contribuir al sostenimiento del gasto público, etc.

2.4.1. Chile: ¿Estado fiscal o tributario?

El *Estado fiscal o impositivo* es el “Estado que tiene por soporte financiero determinante o típico la figura de los impuestos”²⁴. Vendría a ser lo opuesto al *Estado patrimonial o dominical* y al *Estado empresarial* donde lo determinante en términos finan-

²² Se habla de Bases Constitucionales del Derecho Tributario o –más recientemente– “Estatuto Constitucional Tributario”. Véase FERNANDOIS (2010), *Derecho Constitucional Económico*, T. II, p. 95.

²³ CASALTA NABAIS (2012), *Direito fiscal*, p. 133.

²⁴ *Ibíd.*, p. 127.

cieros es la actividad productiva o empresarial del Estado y el dominio público de los bienes.

La actual Constitución chilena consagra una serie de principios e instituciones consonantes con el modelo de *Estado fiscal impositivo*²⁵, entre ellas, la libertad económica y empresarial, la propiedad privada, las restricciones a la actividad empresarial del Estado y sus organismos, los principios de no afectación de los tributos, subsidiariedad, igualdad tributaria, proporcionalidad y la prohibición de tributos confiscatorios, la manifiesta opción por la economía de mercado, etcétera²⁶. Mucho más parco –neutro si se prefiere– es el texto constitucional al momento de delinear una preferencia por alguno de los tipos tributos. En ninguna de sus disposiciones se habla de impuestos, tasas o contribuciones especiales, sino que sistemáticamente se usa la voz “tributos”. En la práctica, los impuestos son el principal ingreso tributario y el medio esencial para atender las necesidades financieras del Estado.

No obstante lo anterior, cabría preguntarse por la importancia de la explotación de los recursos naturales en la cobertura de las necesidades financieras del Estado chileno, considerando que se suele afirmar que la minería en general y el cobre en par-

²⁵ La sistematización de las notas más características del *Estado impositivo* es atribuida a la doctrina alemana, en la persona de Josef Iseense. Para este autor –según apunta BARQUERO (2002), *La función del tributo en el Estado social y democrático de Derecho*, pp. 38 y ss.– en el “Estado impositivo”: los impuestos son la regla y los tributos “causales” (tasas) son la excepción; el impuesto está sometido a límites materiales (v. g., igualdad de cargas y conservación de las fuentes impositivas); el impuesto también puede servir como instrumento de política económica y social, sin que ello afecte la identidad del Estado impositivo; corresponde al Estado la elección de los fines y el uso de los recursos recaudados; se da un dualismo entre el poder tributario estatal y la libertad económica privada, es decir, corresponde al Estado el poder tributario y a la sociedad la libre disposición sobre los objetos impositivos; en fin, existe vinculación mutua entre Estado impositivo y economía de mercado.

²⁶ En este mismo sentido, según algunos autores, el constituyente asume inequívocamente un modelo económico-estatal acorde con las principales consecuencias y afín a la lógica interna del “Estado impositivo”. Cfr. VAN WEEZEL (2007), *Delitos Tributarios*, p. 14.

ricular son el “suelo de Chile”²⁷. Estos antecedentes pudiesen ser suficientes para suponer que los ingresos provenientes de su explotación tienen alguna importancia para las finanzas del país²⁸. Según un estudio reciente, el “aporte promedio al PIB de los últimos 30 años, medido a precios constantes del 2003, llega al 6,2%, alcanzando de manera excepcional al 7% en dos años [2000 y 2004]”²⁹. Veamos el marco jurídico de la explotación minera y la tributación de las empresas mineras públicas y privadas.

La Constitución establece –artículo 19 N° 24°– que el “Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas”, sin perjuicio de la propiedad de las personas naturales o jurídicas sobre los terrenos en cuyas entrañas estuvieren situadas y de la posibilidad de que las sustancias (excepto los hidrocarburos líquidos y gaseosos) puedan ser objeto de concesiones de exploración o explotación. También se reconoce la posibilidad de que el Estado o sus empresas exploten directamente algunos yacimientos.

En este marco, hay minas de cobre que son gestionadas por el Estado y otras por empresas mineras privadas. El Estado lo hace a través de CODELCO (Corporación Nacional del Cobre), empresa 100% estatal que agrupa diversos yacimientos. Tributa de la siguiente manera: con el impuesto a la renta de primera categoría con tasa del 20% (igual que el resto de las empresas); con tasa adicional de 40% sobre sus utilidades por ser una empresa pública

²⁷ Chile es el primer exportador del “metal rojo” a nivel mundial.

²⁸ En otra época fue el salitre. “Hasta la segunda década de ese siglo [XX], la abundancia de ingresos tributarios generados por el boom exportador del salitre derivó en bajos niveles de tributación para las personas, no obstante que al mismo tiempo crecía el gasto fiscal. En efecto, la tributación a las exportaciones de nitrato sustituyó a varios impuestos existentes, v. gr. Herencias y donaciones, tabaco, como también reducciones a las tasas del impuesto a la renta, entre otros de menor relevancia. Esta circunstancia favorable para la recaudación fiscal terminó bruscamente, no sólo por la aparición del nitrato sintético, sino que además con la gran depresión de los años 30...” EVANS ESPIÑEIRA (2010), *Los Tributos en la Constitución*, p. 189.

²⁹ ARELLANO (2012), “El cobre como palanca de desarrollo para Chile”, pp. 125 y ss.

(DL N° 2.398); con un 10% el retorno en moneda extranjera por venta al exterior de la producción de cobre propio, incluidos sus subproductos en virtud de la Ley N° 13.196 y de lo establecido en el inciso 4° del artículo 19 N° 20° de la Constitución. ¿Qué incidencia tiene esta tributación en los ingresos y en la economía del país? El aporte de CODELCO al Fisco como porcentaje de ingresos tributarios o recaudación tributaria total (periodo 1990-2010) es de un 13,5% promedio, superando algunos años el 30%. Sumada la tributación de la gran minería privada el aporte es mayor (v. g., en 2007 el aporte representó el 46% de los ingresos tributarios totales)³⁰.

2.4.2. Los principios constitucionales tributarios

El artículo 19 N° 20 de la Constitución contiene diversos principios tributarios, entre los cuales, los principios de igualdad tributaria, de prohibición de tributos manifiestamente desproporcionados o injustos, de reserva de ley tributaria y de no afectación de los tributos. Especialmente relevantes para nuestro análisis son estos dos últimos principios.

2.4.2.1. Principio de reserva de ley tributaria: su alcance

El principio de reserva de ley tributaria encontraría consagración en diversas normas constitucionales³¹. Esta reserva implicaría que el tributo reconoce a la ley en sentido estricto como única fuente de su establecimiento o creación, modificación y su-

³⁰ Ibíd.

³¹ Entre las cuales, el artículo 5°, inciso 2° (la norma tributaria es expresión de la soberanía; artículo 6° (supremacía constitucional); artículo 7° (no se puede ir más allá de lo señalado en la Constitución y la ley); artículo 19 N° 20, incisos 1° y 2° (norma central en materia de legalidad tributaria como una garantía del contribuyente); artículo 63 N° 2 (sólo son materias de ley...); artículo 65 inciso 2° (las leyes sobre tributos sólo podrán tener su origen en la Cámara de Diputados); artículo 65 inciso 4° N° 1 (iniciativa exclusiva del Presidente de la República).

presión. No hay tributo sin ley que lo establezca. A nuestro entender, la verdadera intensidad y eficacia de esta formulación del principio quedará supeditada en la práctica –además de lo que se entienda por ley– al modo en que se conciba al tributo. Si la concepción de tributo es muy amplia, cualquier cobro lo será y el ámbito de aplicación de la reserva también será amplio. Por el contrario, si la concepción es muy restringida, quedarán extramuros del principio y del Derecho tributario muchos cobros o prestaciones pecuniarias. Ninguno de los dos extremos nos parece razonable, el primero por irreal, el segundo porque podría acabar desmaterializando o desnaturalizando el tributo y las normas y principios que lo estructuran.

En cuanto a los elementos del tributo cubiertos por el principio, a nivel doctrinal apreciamos cierto consenso en que por lo menos los elementos esenciales o estructurales del tributo (hecho gravado, base imponible, tasa y sujeto pasivo) deben estar regulados en la ley³². Algunos van un poco más allá y exigen que todos los elementos de la obligación tributaria estén regulados en la ley³³.

La jurisprudencia, por su parte, ha venido sosteniendo que deben quedar suficientemente fijados y determinados en la ley, el hecho imponible, los sujetos obligados al pago, el procedimiento para determinar la base imponible, la tasa, las situaciones de exención y las infracciones. En cuanto a la potestad reglamentaria, admite la de ejecución pero sólo para desarrollar aspectos de detalle técnico que el legislador no puede regular, pero que éste debe delimitar con suficiente claridad y determinación³⁴.

³² ALTAMIRANO y MUÑOZ (2006), *Derecho Tributario. Parte General*, p. 29.

³³ AVILÉS (2005), *Legalidad tributaria*, pp. 100 y 2001; PÉREZ (2013), *Manual de Código Tributario*, pp. 39-40; EVANS ESPÍNEIRA (2010), *ob.cit.*, p. 99-100; RADOVIC (2010), *Sistema Sancionatorio Tributario*, p. 57, etc.

³⁴ Esta doctrina se aprecia en la reciente sentencia Rol N° 2038-11-INA, de 31 de enero de 2013, considerando 17° y siguientes. En la misma, se hace referencia a las STC Rol N° 718-07, Rol N° 822-07 y Rol N° 1234-08.

2.4.2.2. Principio de no afectación de los tributos

El principio de no afectación prohíbe que los ingresos tributarios sean destinados a priori a financiar determinados gastos. Por tanto, la recaudación tributaria ingresará a las arcas estatales, para enseguida hacer las asignaciones correspondientes para atender las necesidades públicas. La idea es precaver “la caída en corporativismos, en la satisfacción de demandas o exigencias de grupos y zonas geográficas determinadas, o en actividades que no merecen un trato de privilegio en el rubro”³⁵.

La Constitución contempla tres excepciones a dicha prohibición, dos en el inciso 4° del N° 20° del artículo 19 y la otra en su disposición sexta transitoria. Conforme a la primera norma, será posible: (a) la afectación de determinados tributos a fines propios de la defensa nacional; (b) la afectación de ciertos tributos o de una parte de ellos que graven bienes o actividades y que tengan una clara identificación regional o local al financiamiento de obras de desarrollo regional o comunal. Por su parte, en virtud de la referida disposición transitoria, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso tercero del número 20° del artículo 19, mantendrán su vigencia las disposiciones legales que hayan establecido tributos de afectación a un destino determinado, mientras no sean expresamente derogadas. Entre las más importantes disposiciones legales que habían afectado tributos antes de la entrada en vigor de la Constitución³⁶ y que no han sido derogadas, se cuentan la Ley sobre Impuesto Territorial, la Ley de Rentas Municipales (en adelante LRM)³⁷ y algunas leyes reguladoras de peajes. En este marco, nos parece que es posible distinguir entre *tributos de afectación con fundamento en el artículo 19, N° 20, inciso 4° CPE*³⁸ y *tributos*

³⁵ CEA EGAÑA (2004), *Derecho Constitucional Chileno: derechos, deberes y garantías*, T. II, p. 472.

³⁶ Nótese que la Constitución entró en vigencia el 11 de marzo de 1981.

³⁷ Decreto Ley N° 3.063, de 1979.

³⁸ Es decir, tributos de afectación a fines propios de la defensa nacional (v. g., “Impuesto a las ventas de cobre de un 10% para financiar las Fuerzas

de afectación con fundamento en la disposición sexta transitoria de la Constitución.

A nuestro modo de ver, la aplicación efectiva de la no afectación es fundamental para el adecuado manejo de la Hacienda Pública, y en ese sentido son comprensibles las razones de su incorporación en la Constitución Política. Sin embargo, juzgamos que la formulación que se hace del principio en el texto permanente de la Carta Fundamental –artículo 19 N° 20 incisos 3° y 4°– es demasiado rígida –y en ciertos casos poco operativa– ya que supone que todos los tributos (v. g., impuestos, contribuciones especiales, tasas, etc.), ingresen al patrimonio de la Nación y no puedan estar afectos a un destino determinado, salvo situaciones de excepción muy concretas y limitadas. Dicha rigidez resulta especialmente problemática en materia de tasas. Pensemos, por ejemplo, en la posibilidad de dictar hoy una ley de tasas públicas que establezca una afectación específica a favor de algunas de las Administraciones prestadoras de servicios. Pues bien, una ley de estas características sería contraria a la norma constitucional, a menos que la afectación se refiera a alguna de las situaciones de excepción que contempla el artículo 19 N° 20. En otras palabras, nada impediría que se pueda dictar una ley de tasas públicas, pero los ingresos que se recauden deberían ingresar al patrimonio de la Nación y no –salvo las situaciones de excepción indicadas– al patrimonio de la Administración o ente público prestador del servicio. En la misma línea, podría plantearse la eventualidad de crear una tasa municipal. Creemos que la ley podría crearla (siempre que el tributo en cuestión grave actividades o bienes que tengan una clara identificación local) y autorizar que los ingresos que se produzcan sean aplicados por las autoridades comunales para el financiamiento de obras de desarrollo y no para financiar otro tipo de gastos.

Ahora bien, lo dicho no significa que las tasas sean inexistentes en la realidad chilena. Hay prestaciones pecuniarias que

Armadas”) y tributos de afectación regionales y municipales (v. g., impuesto a las sociedades operadoras de casinos de juego establecido en la Ley N° 19.995).

se pagan a los entes públicos prestadores de servicios, incluidas las Administraciones locales. ¿Cómo lo hacen considerando la comentada rigidez del principio de no afectación? En algunos casos, disfrazando u ocultando su naturaleza tributaria o haciéndolo obligatorio por vía oblicua³⁹. En otros, amparándose en la citada disposición sexta transitoria. Esta última norma, ha cumplido por más de treinta años precisamente la función de suavizar la rigidez que conlleva la estricta aplicación de la regulación permanente del principio.

2.4.3. Noción de tributo y sus especies

La noción de tributo y sus especies es un tema abierto en el Derecho tributario chileno. Expondremos a continuación algunas notas sobre los aspectos más relevantes de esta cuestión:

No existe una definición constitucional de tributo, por más que un sector de la doctrina se empeñe en señalar que la noción constitucional de tributo es la que quedó plasmada en los actos preparatorios de la Constitución Política⁴⁰. Según esta noción amplia, “tributo es un término genérico que comprende cualquier impuesto, contribución, arancel, derecho o tasa, es decir, cualquiera prestación que los particulares tengan que satisfacer al Estado”.

La ley tributaria no contempla una definición de tributo y sus especies⁴¹.

El legislador no es uniforme y preciso en los nombres que utiliza para aludir a los tributos (v. g., impuesto, contribución, tasa, tarifa, patente, derecho, etc.), probablemente para obviar las

³⁹ DE BRITO MACHADO (2009), *Curso de Direito Tributário*, p. 69, utiliza la expresión *tributo oculto ou disfarçado*: “aquela prestação pecuniária que, não obstante albergue todos os elementos essenciais do conceito de tributo na teoria geral do Direito, é exigida pelo Estado sem obediência às normas e princípios que compõem o regime jurídico do tributo”.

⁴⁰ Actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución (en adelante CENC), sesión 398 de 1978.

⁴¹ El Código tributario (DL N° 830, de 1974) es bastante parco en las definiciones y en la regulación del Derecho tributario material o sustantivo. Por lo mismo, se le suele denominar como un “Código de procedimientos”.

exigencias del principio de reserva de ley tributaria y la prohibición de afectación de los tributos. Incluso ha llegado a calificar ciertas figuras como no tributarias en el propio texto legal. Así, por ejemplo, las patentes de amparo de concesiones mineras, las cuales según dispone el artículo único de la ley N° 19.143, de 1992, “no constituyen tributos”⁴²⁻⁴³.

El aporte doctrinal no es muy profuso. En cuanto al concepto de tributo, es frecuente la referencia a autores extranjeros⁴⁴, al Modelo de Código Tributario para América Latina OEA/BID⁴⁵ y más recientemente a la Ley General Tributaria española⁴⁶. En ciertos casos, se incluye en el concepto de tributo a las cargas públicas en general⁴⁷. Respecto a las clases de tributos, algunos autores

⁴² En cuanto a las motivaciones del legislador, VERGARA (2010), *Instituciones de Derecho Minero*, p. 401, sostiene: “Creemos que es sólo fruto de una hábil estrategia política, pues con ello se buscó eximir a las patentes mineras del principio constitucional de no afectación de los tributos, toda vez que no era posible aplicar a ellas las excepciones que a dicho principio contempla el propio artículo 19 inc.4° N° 20 CPR, relativos a los tributos que gravan actividades o bienes con una clara identificación regional o local (las patentes no gravan una actividad ni un bien, sino que en estricto rigor una mera titularidad –la concesional–). En efecto, debido a que las patentes mineras no podían acogerse a las señaladas excepciones, y atendida la voluntad política de que las regiones que más se veían afectadas por la actividad minera recibieran de forma directa los ingresos que por dicho concepto se generaban, es que se hizo necesario dictar una ley especial, la cual, aclarando que las patentes mineras no son tributos, dispone la afectación total de los ingresos recibidos por patentes a sufragar los gastos regionales y municipales”.

⁴³ Así, compartimos la posición de algunos autores extranjeros que niegan valor jurídico a las denominaciones legales, por su carácter no exhaustivo (Vid. LAMARQUE *et al.*, *Droit Fiscal Général*, pp. 87 y ss.).

⁴⁴ En particular, GIULIANI FONROUGE que define tributo: “una prestación obligatoria, comúnmente en dinero, exigida por el Estado en virtud de su poder de imperio y que da lugar a relaciones jurídicas de derecho público”.

⁴⁵ Artículo 13: “Tributos son las prestaciones en dinero que el Estado, en ejercicio de su poder de imperio, exige con el objeto de obtener recursos para el cumplimiento de sus fines”.

⁴⁶ Cfr. PÉREZ (2013), *ob.cit.*, p. 3.

⁴⁷ “Para nosotros –escribe FERNANDOIS, *ob.cit.*, p. 197–, tributo es toda obligación de dar, hacer o no hacer apreciable económicamente, impuesta forzosamente por el Estado o sus organismos a los particulares, sea o no en dinero,

adhieren a la clasificación tripartita⁴⁸. Hay quienes adicionan una cuarta categoría, los denominados “derechos habilitantes”, esto es, aquel “gravamen en virtud de cuyo pago el contribuyente queda autorizado para hacer algo que de otra manera la ley prohíbe”⁴⁹. Entre ellos, los derechos aduaneros, las patentes de alcoholes, los permisos de circulación, las patentes comerciales, etc. En fin, hay autores que se abren a la posibilidad de que puedan existir otras instituciones tributarias que no sean clasificables en algunos de los “subtipos de tributos” anteriores⁵⁰.

Por su parte, la jurisprudencia sin una orientación clara y consistente, se ha movido entre la ya referida noción amplia⁵¹ y una noción restringida de tributo. En virtud de esta última –a nuestro juicio– se hace sinónimo tributo con impuesto. En efecto, el TC ha señalado que “[l]os tributos, impuestos o contribuciones son prestaciones pecuniarias exigidas coactivamente por la ley a quienes incurran en los hechos o situaciones que ésta grava, con miras a subvenir al funcionamiento del Estado en su conjunto, sin que vayan acompañadas de una contraprestación directa y específica en beneficio del contribuyente”⁵². En una sentencia del año 2009, el TC es un poco más explícito en las notas definitorias de su idea de tributo, pero sin apartarse de la noción antes indicada. En síntesis, indica lo siguiente: no basta que exista una obligación legal de pagar algo en dinero a favor del Estado, para que estemos frente a un tributo; debe existir beneficio fiscal, aunque ello no implica que el Estado no pueda dar a los tributos otra finalidad

y tenga o no tenga una contraprestación por parte del Estado; y será tributo también toda obligación que el Estado exija a los particulares como requisito para acceder a una condición, estado o prestación, de la cual no puedan susstraerse sin grave lesión de sus derechos fundamentales”.

⁴⁸ Por todos, FIGUEROA (1985), *Las Garantías Constitucionales del Contribuyente en la Constitución Política de 1980*, p. 25.

⁴⁹ RADOVIC (1998), *Obligación tributaria*, p. 52.

⁵⁰ UGALDE (2004), “Naturaleza Jurídica del Royalty a la Minería”, p. 42.

⁵¹ Corte Suprema, Rol N° 16.293, de 28 de enero de 1992; Rol N° 3.260-2003, de 21 de enero de 2004.

⁵² STC Rol N° 1.034-08, de 07 de octubre de 2008. En la misma línea, aunque con otros términos, véase STC Rol N° 1.063-08, de 12 de junio de 2008.

que la recaudatoria; el tributo es un ingreso público; para que una obligación tenga el carácter de un tributo, es necesario que exista una relación de derecho público entre el contribuyente y el Estado (es decir, si la relación es de derecho privado no hay tributo); en un tributo siempre hay un hecho propio o con el cual hay un vínculo directo que desata la obligación tributaria (la compra de un bien, la generación de un ingreso, etc.); en fin, en un tributo no hay obligación de contraprestación (el contribuyente no recibe directamente algo a cambio de lo que paga)⁵³.

La “tasa” es la especie de tributo en que se aprecian mayores vacíos e imprecisiones. Hay ciertos cobros denominados “derechos” calificados sin naturaleza tributaria asimilables en la mayoría de los casos a la noción de tasa.

Las contribuciones especiales son poco habituales⁵⁴.

2.4.4. Poder o potestad tributaria

La expresión “poder tributario” u otras similares no aparecen expresamente recogidas en la Constitución Política. En otros términos, no hay en el texto constitucional una fórmula explícita de distribución de poderes tributarios entre los distintos niveles de gobierno. Por tanto, se trata de una cuestión que se resuelve

⁵³ STC Rol N° 1.295, de 03 de octubre de 2009.

⁵⁴ La “pavimentación participativa” sería –en opinión de algunos– una de contribución especial. Es un programa que tiene como objetivo la construcción de nuevos pavimentos en sectores habitacionales de escasos recursos, incorporando en su financiamiento a los particulares beneficiados y a los Municipios. Los vecinos deben organizarse en un “Comité de Pavimentación”, disponer de un proyecto de ingeniería aprobado por la autoridad y acreditar un ahorro mínimo, equivalente al aporte que se deberá realizar para la concreción del proyecto, el que varía entre el 5% y el 25% del valor referencial de la obra. Según DÍAZ (2003), “Contribuciones especiales: El ejemplo de la pavimentación participativa”, p. 438, “constituye la concreción práctica de una contribución especial de mejora (...), establecida para sufragar los costos de tales obras públicas que, entre otros beneficios, producen una plusvalía de los inmuebles aledaños. Este tributo se traduce en un aporte en dinero, equivalente a un porcentaje del valor referencial de la obra, que debe pagar un Comité de Pavimentación,...”.

indirectamente a través del principio de legalidad o reserva de ley tributaria.

El principio de reserva de ley tributaria, según ya se indicó, se encuentra consagrado en distintas disposiciones constitucionales permanentes. De ellas se desprende que el poder tributario para establecer tributos –en cuanto poder para crear un tributo y regular sus elementos esenciales–, está confiado al Poder Legislativo u órganos colegisladores. En consecuencia, no teniendo los Gobiernos regionales ni las Municipalidades potestad legislativa, carecerían de poder tributario y sólo podrían aplicar los tributos que la ley autorice.

Todo lo anterior nos parece claro desde el punto de vista formal. Sin embargo, respecto de las municipalidades creemos que la realidad es un poco distinta. En efecto, si se consideran como tributos algunas figuras contenidas en la Ley de Rentas Municipales⁵⁵ (según se podrá apreciar más adelante cuando examinemos los ingresos municipales tributarios, hay buenas razones para sostener que se trata de verdaderos y propios tributos, más allá del impreciso nombre que les asigna el legislador y la refutación de su carácter tributario en algunas sentencias judiciales) y que las municipalidades tienen en relación a ellas amplias facultades para fijarlos o establecerlos en algunos casos y en otros para regular sus elementos esenciales, habría que concluir que las municipalidades ejercerían en la práctica una especie de “poder tributario local”.

2.4.5 Noción de tarifa

La doctrina extranjera señala que la tarifa “ha sido clara expresión de la oposición dialéctica entre tasa y precio y de la dificultad de establecer una línea divisoria entre ambas”⁵⁶. Chile no

⁵⁵ Esta ley, pese a ser preconstitucional, mantiene su vigencia en virtud de lo dispuesto en la referida disposición sexta transitoria de la Constitución.

⁵⁶ GARCÍA NOVOA (2012), *El Concepto de Tributo*, p. 159.

ha estado ajeno a dicha oposición. En esta ocasión, sólo dos notas sobre la tarifas.

En la doctrina nacional, hay autores que zanján la discusión apelando a la utilización de lo que denominan “concepto legal de tarifa” y señalando que la distinción entre tasa y tarifa aparece resuelta ya por la Real Academia, diferenciando el carácter de tributo de aquélla y de precio de ésta⁵⁷. En cuanto al concepto legal de tarifa, se indica que en las “leyes que regulan las empresas de utilidad pública, encontramos uniformemente el uso de la expresión tarifa” y, por ende, las tarifas son precios fijados de suministros, pudiendo ser libres (“precios”) o reguladas (“precios máximos”). Normalmente las leyes equiparan la tarifa como “precios máximos”⁵⁸, sin embargo dentro del concepto de tarifas se comprenden los precios libres⁵⁹.

Por otra parte, el legislador ha utilizado el vocablo “tarifa” para denominar a ciertas figuras que reunirían todos los elementos para ser calificados de tributos. Así, por ejemplo, la “tarifa” que establecía el proyecto de ley que modernizaba el Servicio Nacional de Aduanas y que el TC calificó como un tributo (impuesto)⁶⁰. De igual modo, la denominada “tarifa anual por el servicio de aseo” contemplada en el artículo 7º de la LRM⁶¹.

3. La cuenta de la ciudad de la ciudad de Santiago (una sumatoria de cuentas)

⁵⁷ AGÜERO (2003), *Tarifas de Empresas de Utilidad Pública*, p. 80.

⁵⁸ En este sentido se define la tarifa como “precio máximo que puede cobrar la empresa de utilidad pública por sus servicios prestados al usuario, conforme un procedimiento establecido en las leyes”. Este concepto se refiere a situaciones donde no haya competencia. *Ibíd.*, p. 82.

⁵⁹ *Ibíd.*, pp. 82-83.

⁶⁰ STC Rol N° 247, de 14 de octubre de 1996.

⁶¹ A nuestro entender, esta figura es un verdadero y propio tributo (tasa), sin embargo, el TC haciéndose eco de la posición que hace equivalentes las expresiones tarifa y precio, sostiene que no es un tributo. Véase STC Rol N° 1.063-08, de 12 de junio de 2008, considerando 9º.

3.1. La cuenta de la salud: ¿Cómo se gestiona y financia la salud en Chile?

En Chile, a diferencia de una parte importante de los países de la OCDE, sólo el 48,2% de los gastos es financiado con recursos públicos⁶². Es decir, una parte importante del gasto total en salud es gasto privado.

En general, el financiamiento estatal opera por la vía de subsidiar el Fondo Nacional de Salud (FONASA)⁶³ y a través de aportes fiscales a los prestadores públicos de salud. Ahora bien, mirado desde el punto de vista de los ciudadanos, un porcentaje –entre 7% y 10%– de sus ingresos mensuales deberán ser cotizados en FONASA o en alguna ISAPRE⁶⁴ (seguro privado)⁶⁵, sin perjuicio de que se contraten –pagando primas adicionales voluntarias– otros seguros privados complementarios⁶⁶. Frente a un evento de salud, operaran –según corresponda– el seguro público (FONASA) o los seguros privados. En todo caso, dependiendo del

⁶² OCDE, *Bases de datos de la OCDE sobre la salud 2012. Chile en comparación*, pdf, (Fecha de consulta: 11 de julio de 2013). Disponible en: <http://www.oecd.org/chile/BriefingNoteCHILE2012inSpanish.pdf>

⁶³ Constituye una especie de seguro público de salud. En otras palabras, se trata de un organismo público encargado de dar cobertura de atención, tanto a las personas que cotizan el 7% de sus ingresos mensuales en FONASA, como también aquellos que por carecer de recursos propios son financiados por el Estado a través de un aporte fiscal directo o subsidio. En efecto, la Ley N° 18.469, de 1984 (artículo 17), estatuye que las personas carentes de recursos o indigentes, tendrán derecho a recibir gratuitamente ciertas prestaciones de salud.

⁶⁴ Las Instituciones de Salud Previsional son personas jurídicas que integran el sistema privado de salud, cuya finalidad es financiar las prestaciones de salud, con cargo al aporte de la cotización legal de salud (7%) o una superior convenida, a sus afiliados, sustituyendo en las prestaciones de salud a los Servicios de salud y FONASA.

⁶⁵ El artículo 1° de la Ley N° 18.469, de 1984, dispone que el ejercicio del derecho constitucional a la protección de salud comprende la libertad de elegir el sistema de salud estatal o privado al cual cada persona desee acogerse.

⁶⁶ Por lo general, las personas de bajos ingresos cotizarán el 7% obligatorio en FONASA, en cambio, las personas de ingresos más altos pagarán a las ISAPRES una prima –según riesgo e ingreso– que en promedio es de 10%.

tipo de prestación y la cobertura plan de salud de cada ciudadano, éstos tendrán que concurrir al copago de la prestación de salud en la parte no cubierta⁶⁷.

La atención primaria de salud es competencia de las municipalidades⁶⁸. Constituye un primer nivel de atención y comprende acciones de salud pública de diagnóstico, prevención, curación y rehabilitación. Por lo común, los usuarios son personas de escasos recursos.

Las municipalidades definen la estructura organizacional de la atención primaria de salud, en base al plan de salud comunal y al modelo de atención definido por el Ministerio de Salud (MINSAL). La municipalidad responde también por los gastos de personal. En cuanto al financiamiento, la salud primaria municipalizada se nutre de recursos estatales⁶⁹ o provenientes de fondos regionales⁷⁰ y recursos propios⁷¹.

3.2. La cuenta de la educación: ¿Cómo se gestiona y financia la educación en Chile?

La Constitución Política garantiza a todas las personas – con ciertas limitaciones– el derecho a la educación y la libertad de enseñanza. En el sistema educativo chileno se distinguen

⁶⁷ Mediante pago directo. La Ley N° 18.469 (artículo 31), permite que los afiliados al régimen soliciten a FONASA un préstamo para financiar en todo o en parte el valor de las prestaciones de salud que ellos deban pagar.

⁶⁸ El proceso de traspaso de esta competencia se inicia en los años 80 con el objetivo de descentralizar la administración, ampliar la atención primaria y adecuarla a las necesidades de las comunas.

⁶⁹ Aporte estatal a través de un sistema de pago per cápita de atención primaria según criterios legales (población, nivel socioeconómico, accesibilidad, ruralidad, cantidad de prestaciones programadas y efectivas).

⁷⁰ Recursos provenientes del FNDR, para el financiamiento de la infraestructura física y equipamiento.

⁷¹ Recursos propios del municipio que decida invertir en salud.

distintos niveles: la educación parvularia (preprimaria), la educación básica (primaria), la educación media (secundaria) y la educación superior. Sólo la educación básica y media son obligatorias y el Estado tiene a este respecto el deber de financiar un sistema gratuito.

En la entrega de los servicios educativos intervienen instituciones públicas y privadas. Las municipalidades participan gestionando las escuelas públicas de educación básica y los establecimientos de educación media que les fueron traspasados^{72,73}.

En los últimos decenios la distribución de costos de educación entre el sector público y privado es diferente en los distintos niveles educativos, teniendo el gasto privado una alta participación (pero no superior al gasto público), especialmente a nivel de educación superior⁷⁴.

En la educación básica y media existen tres tipos de colegios: municipales, particulares subvencionados y particulares pagados. Los primeros son administrados por las municipalidades

72 Estas escuelas y establecimientos públicos fueron traspasados por el gobierno central a las municipalidades partir de los años ochenta en el llamado proceso de “municipalización”.

73 El financiamiento de la educación municipalizada opera sobre la base de transferencias del gobierno central según la cantidad de alumnos asistan a clases, recursos propios y recursos obtenidos del FNDR.

74 En un estudio del Ministerio de Educación titulado “Indicadores de la Educación: Chile en el Contexto Internacional 2009”, pp. 25 y siguientes, se destaca precisamente que Chile –a diferencia de la mayoría de los países de la OCDE– presenta una “alta participación del gasto privado” en educación. En efecto, el 29% del financiamiento de la educación parvularia corresponde a las familias y el sector privado. En el caso de la educación básica y media, el 73% del gasto corresponde al sector público. En fin, “Chile presenta un grado de participación privada en el gasto de educación superior cercana al 84%, muy superior al resto de los países del grupo seleccionado”. Otro estudio (2005) de la Dirección de Presupuestos (elaborado por Mario Marcel y Carla Tokman), titulado “¿Cómo se Financia la Educación en Chile?”, presentó cifras similares respecto al gasto público (preescolar: 6%; básica: 42%; media 24% y superior 23%). Disponible en: http://www.dipres.gob.cl/594/articles-21669_doc_pdf.pdf En el último informe de la OCDE “Education at a Glance 2013”, se puede observar que no ha cambiado sustantivamente la distribución de los costos de educación entre el sector público y privado.

y reciben una subvención del Estado por estudiante determinado en función de la asistencia media promedio registrada. Los segundos son de propiedad privada y gestionados por medio de corporaciones, sociedades educacionales o sostenedores. También se financian por la subvención estatal por estudiante. En fin, los terceros son de propiedad y administración privada y no reciben financiamiento del Estado. Tanto los colegios municipales (pero sólo en la educación media) y los particulares subvencionados pueden financiarse también con aportes mensuales de los padres y apoderados (financiamiento compartido).

El sistema de educación superior está integrado por universidades estatales (16), tradicionales no estatales⁷⁵(9), privadas (35), institutos profesionales (44) y centros de formación técnica (71). El financiamiento fiscal es diferenciado: aporte fiscal directo a las universidades existentes al 31 de diciembre de 1980, aporte fiscal indirecto⁷⁶, fondos para la investigación, fondo de desarrollo institucional y otros aportes⁷⁷. Mirado desde la perspectiva de los estudiantes, ellos podrán pagar directamente el arancel cobrado por la institución de educación superior o acogerse total o parcialmente a otras alternativas de financiamiento. Es decir, pueden optar por una beca de arancel⁷⁸, recurrir al Fondo Solidario de

⁷⁵ Son universidades privadas creadas antes de 1980 o derivadas de ellas.

⁷⁶ Aporte otorgado anualmente a todas las universidades, institutos profesionales y centros de formación técnica distribuido en función de los puntajes obtenidos por los alumnos en la Prueba de Selección Universitaria (PSU).

⁷⁷ Mayores detalles en CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2012), *Financiamiento Fiscal a la Educación Superior 2012*, pdf, (fecha de consulta: 11 de julio de 2013). Disponible en: http://www.contraloria.cl/NewPortal2/portal2/ShowProperty/BEA%20Repository/Merged/2013/Archivos/146_Financiamiento_Fiscal_2012

⁷⁸ Son otorgadas por el Ministerio de Educación a los estudiantes en la medida que cumplan ciertos requisitos y comúnmente se asocian al buen rendimiento académico o al estímulo de alguna área (ej. beca vocación profesor). Tienen un tope máximo y, en consecuencia, no siempre cubren el total del arancel.

Crédito Universitario⁷⁹ o al Crédito con Aval del Estado (CAE)⁸⁰. Las dos últimas alternativas son las más frecuentes, lo cual evidencia que el gasto privado familiar tiene una significativa participación en el financiamiento.

En síntesis, el gasto público en educación está compuesto fundamentalmente por subvenciones, subsidios y aportes. Igualmente se comprenden los recursos provenientes del Fondo Nacional de Desarrollo Regional para la inversión en obras de infraestructura y equipamiento educacional, como asimismo las transferencias que hacen las municipalidades con cargo a sus presupuestos municipales. Por su parte, el gasto privado está conformado por el gasto de educación de las propias familias y por las donaciones que efectúan las empresas a establecimientos e instituciones educacionales⁸¹.

3.3. La cuenta del transporte público

El transporte público de la ciudad de Santiago es gestionado a partir del año 2007 por un sistema integrado de buses y tren subterráneo denominado *Transantiago*.

3.3.1. Empresa de Transporte de Pasajeros Metro S.A.

Metro S.A. es una sociedad anónima abierta, constituida en 1990 por el Fisco y la CORFO⁸². Su antecesora era la Dirección

⁷⁹ Es un crédito otorgado por el Estado a los estudiantes de las universidades del Consejo de Rectores (CRUCH) para financiar parte o el total del arancel anual. La tasa es de 2% y se comienza a pagar después de 2 años de haber egresado, pagando anualmente un 5% del total de los ingresos obtenidos por la persona en el año anterior.

⁸⁰ Es un crédito destinado al pago completo o parcial del arancel de referencia anual. Intervienen como avales la institución de educación superior y el Estado. Son los bancos las instituciones otorgantes del crédito.

⁸¹ Respecto de una parte de estas donaciones se reconocen beneficios tributarios, por tanto –en estricto rigor– sólo la parte de la donación que no se beneficia fiscalmente sería gasto privado.

⁸² La CORFO es un organismo estatal de administración autónoma

General del Metro. Se rige por la Ley N° 18.772⁸³, de 1989, las normas de las sociedades anónimas abiertas y sus Estatutos sociales. Además, está sometida a la fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros.

Lo ingresos tarifarios de la empresa –por formar parte del Transantiago– se calculan en función del número de pasajeros transportados efectivamente validados y de la tarifa técnica que incluye variables que componen la estructura de costos de largo plazo de la empresa. La tarifa pagada por los usuarios es diferente –más elevada– que la que percibe Metro S.A. por pasajero transportado.

3.3.2. El sistema de buses del Transantiago

El sistema de buses es operado actualmente por siete empresas privadas (sociedades anónimas concesionarias), en virtud de contratos de concesión de uso de vías de la ciudad de Santiago, siendo contraparte el Estado de Chile. Los operadores de las vías tienen derecho a percibir un pago del sistema por los servicios prestados.

La coordinación, gestión y seguimiento del “sistema” corresponde al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (MTT), por medio de la Coordinación General de Transportes de Santiago. Por su parte, la administración de los recursos es confiada al *Administrador Financiero del Transantiago (AFT)*⁸⁴. Entre sus funciones se comprenden las siguientes: el desarrollo de las actividades de emisión, comercialización y provisión de la red de recarga del único medio de acceso del sistema (la tarjeta Bip), de

ejecutor de las políticas gubernamentales orientadas a mejorar la productividad del país.

⁸³ El artículo 1° de este cuerpo legal autoriza al Estado para desarrollar actividades empresariales de servicio público de transporte de pasajeros, mediante ferrocarriles metropolitanos urbanos y suburbanos u otros medios eléctricos complementarios y servicios anexos.

⁸⁴ Es una sociedad anónima que administra los recursos del Transantiago en virtud de un contrato suscrito con el MTT. Sus accionistas son principalmente entidades bancarias.

los equipos necesarios para la validación y registro de viajes, como asimismo la gestión de los recursos necesarios para el pago de la prestación de los servicios de transporte y su distribución entre los distintos integrantes del sistema.

El financiamiento ha sido uno de los temas más problemáticos del modelo. La idea original era que las tarifas proyectadas cubrirían la totalidad de los costos estimados del sistema. Es decir, el financiamiento fue ideado sobre una estructura de ingresos (los recursos provenientes del pago de la tarifa por los usuarios) y costos (pagos a los operadores de las vías y de los servicios complementarios) autosuficiente. Sucede que a poco andar se originó una brecha –la cual se mantiene– entre ingresos y costos, producida –entre otras causas– por los altos niveles de evasión que hasta el día de hoy son una de las notas características del sistema. Para enfrentar este problema y asegurar la continuidad del servicio sin un aumento sostenido de las tarifas, sin perjuicio de las medidas tendientes a incentivar el cumplimiento de la obligación de pago por parte de los usuarios, se ha tenido que recurrir a los subsidios estatales y aportes fiscales⁸⁵.

3.4. La cuenta de las autopistas urbanas en Santiago

La ciudad de Santiago cuenta con una red de autopistas urbanas de alta velocidad que interconecta distintas comunas, siendo uno de sus objetivos principales mitigar la congestión vehicular existente en la ciudad, propósito que todavía está lejos de ser alcanzado. Dichas autopistas –en la actualidad existen seis proyectos en explotación– se insertan en la red vial estructural del Plan Regulador Metropolitano de Santiago.

⁸⁵ En este sentido pueden citarse, por ejemplo, la Ley N° 20.206, de 2007, que crea un fondo de estabilización financiera del sistema de transporte público de la ciudad de Santiago y dispone otros aportes fiscales. De igual modo, no obstante que su ámbito de aplicación es nacional, el mecanismo que introduce la Ley N° 20.378, de 2009, consistente en un subsidio permanente de cargo fiscal destinado a compensar los menores pagos que realizan los estudiantes a los servicios de transporte público remunerado de pasajeros.

La gestión se basa en un contrato de concesión de construcción, conservación y explotación de obra pública suscrito entre el Ministerio de Obras Públicas (MOP) y operadores privados (sociedades concesionarias). El artículo 21 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas⁸⁶ señala las normas por las cuales se rigen las relaciones de las sociedades concesionarias. En sus relaciones con el MOP, se aplican las normas de Derecho público. En cambio, en sus relaciones con terceros son aplicables las normas de Derecho privado.

La sociedad concesionaria está facultada para cobrar a todos los vehículos (usuarios) que circulen por la obra concesionada un “peaje” o “tarifa”. Cabría preguntarse por la naturaleza jurídica de este cobro. En el año 1994, el TC tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la naturaleza jurídica de los peajes. En este caso, los requirentes sostuvieron la naturaleza tributaria del cobro, en cambio, el Ejecutivo el carácter de ingreso de derecho privado⁸⁷. Sin embargo, el TC –sin entrar en mayores precisiones sobre su naturaleza– concluyó que se trataba de un tributo de afectación amparado por la disposición séptima (actual sexta) transitoria de la Constitución. En el voto disidente del Ministro García se insinúa que para calificar la naturaleza del cobro habrá que estarse al régimen jurídico de la relación. En efecto, respecto a la situación que se juzgaba –peaje cobrado y recaudado por un organismo público– el disidente sostiene que se trata de una exacción pecuniaria y obligatoria para las personas que precisen de ese desplazamiento, esto es, un tributo, la cual –agrega– “no cabría confundir la situación planteada al examen del Tribunal, con las que podrían originarse en un régimen de concesiones de obras nuevas, con financiamiento e inversiones privadas, enmarcadas en contratos que se celebran al respecto y cuyas respectivas obligaciones y derechos corresponderá convenir al amparo de las normas legales vigentes sobre la materia”⁸⁸.

⁸⁶ DFL MOP N° 164 de 1991.

⁸⁷ STC Rol N° 183-1994, de 17 de mayo de 1994.

⁸⁸ Voto disidente, considerando 21°.

3.5. La cuenta de la luz eléctrica: ¿Y el alumbrado público?

3.5.1. Organización del modelo de servicios eléctricos (regulación de las obligaciones de servicio público)

El modelo parte de la premisa de que los servicios eléctricos constituyen un monopolio natural, salvo en uno de los segmentos. En efecto, la ley del ramo⁸⁹ distingue entre producción, transporte o transmisión y distribución. La *producción* comprende el conjunto de empresas eléctricas propietarias de centrales generadoras de electricidad y constituye un mercado competitivo. El *transporte* es un servicio público eléctrico y está constituido por el conjunto de líneas, subestaciones y equipos de transporte de electricidad desde los puntos de generación hasta los centros de consumo. Por último, la *distribución* incluye las líneas, subestaciones y equipos de distribución de electricidad hasta los consumidores finales. Las empresas de distribución operan bajo el régimen de concesión de servicio público, con obligación de servicio y con tarifas reguladas para los consumidores sujetos a regulación de precios. Las empresas operadoras o concesionarias son controladas en su totalidad por capitales privados⁹⁰.

El Estado interviene como regulador y fiscalizador a través de la Comisión Nacional de Energía y la Superintendencia de Electricidad.

En cuanto a la estructura tarifaria, los usuarios finales están obligados a pagar un “precio” o “tarifa”, siendo clasificados para tales efectos en función de la potencia conectada: (a) *clientes con tarifas o precios regulados*: usuarios finales cuya potencia conectada es inferior o igual a 2.000 kilowatts; (b) *clientes con tarifas o precios libres o no regulados*: cuando la potencia conectada sea mayor

⁸⁹ DFL Minería N° 1 de 1982, Ley General de Servicios Eléctricos.

⁹⁰ Hoy en día existen cuarenta generadoras, diez trasmisoras y treinta y una distribuidoras.

a 2.000 kilowatts. No obstante lo señalado en la letra (a) anterior, la ley establece que cuando la potencia conectada del usuario final sea superior a 500 kilowatts, éste tendrá el derecho a optar por un régimen de tarifa regulada o precio libre, por un periodo mínimo de cuatro años de permanencia en cada régimen⁹¹.

3.5.2. El alumbrado público

El alumbrado público es competencia de las Municipalidades. Para tales efectos, celebran contratos con las empresas distribuidoras de electricidad⁹², pagando la cuenta con cargo a los presupuestos municipales. No existe un impuesto o derecho de alumbrado público.

3.6. La cuenta del agua potable y la recolección y disposición de aguas residuales

3.6.1. Organización del modelo de servicios sanitarios y su financiamiento

El modelo de organización de los servicios sanitarios también parte de la premisa de que estamos en presencia de un monopolio natural. El Estado interviene como regulador y fiscalizador (a través de la Superintendencia de Servicios Sanitarios).

Los servicios sanitarios, definidos legalmente como servicios públicos⁹³, comprenden la producción de agua potable, la distribución agua potable y las recolección y disposición de aguas servidas (residuales).

Ahora bien, los servicios sanitarios están sujetos al régimen de concesiones (contrato de concesión entre el MOP y sociedades anónimas concesionarias). Los operadores pueden

⁹¹ Ver artículo 147 de la Ley General de Servicios Eléctricos.

⁹² Ver artículo 3º, letra c) de la Ley General de Servicios Eléctricos.

⁹³ Cfr. DFL MOP N° 382, de 1988, Ley General de Servicios Sanitarios, artículo 5º.

ser públicos o privados y se rigen por las normas de las sociedades anónimas abiertas. Casi la totalidad de las empresas del sector son controladas por capitales privados. Existe sólo una empresa municipal prestadora de servicios sanitarios (SMA-PA), controlada en un 100% por la Municipalidad de Maipú, prestando en la actualidad servicios a más de un millón habitantes de algunas comunas del sector poniente de Santiago. Nótese que la LRM –artículo 10– permite que las municipalidades sean propietarias o tengan participación en empresas de agua potable, quedando sujetas eso sí al régimen legal aplicable a las empresas privadas del ramo.

En cuanto a la estructura tarifaria⁹⁴, los usuarios finales están obligados a pagar un “precio” o “tarifa”. Las concesionarias de distribución de agua potable están obligadas a cobrar y recaudar el valor de todos los servicios públicos comprendidos en el concepto de servicios sanitarios. Los usuarios residenciales de escasos recursos podrán obtener un subsidio estatal para el pago del consumo de agua potable y servicio de alcantarillado⁹⁵. Los grandes consumidores podrán convenir con las concesionarias tarifas y condiciones de servicio distintas de las fijadas por la autoridad. En fin, el régimen tarifario se estructura en base a los principios de eficiencia económica, empresa modelo, inteligibilidad, equidad y autofinanciamiento.

4. La cuenta de la ciudad y las Municipalidades

En las municipalidades reside la administración local de cada comuna o agrupación de comunas. La Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades (en adelante LOCM), las define como “corporaciones autónomas de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuya finalidad es satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participaci-

⁹⁴ Las normas sobre fijación de tarifas están contenidas en el DFL MOP N° 70, de 1988.

⁹⁵ Ley N° 18.778, de 1989.

ón en el progreso económico, social y cultural de las respectivas comunas⁹⁶.

4.1. Funciones de las municipalidades

La función principal de las municipalidades es ejercer la administración local de las comunas y satisfacer las necesidades de la comunidad local. Esta función genérica se concreta en un conjunto de funciones específicas, algunas privativas y otras facultativas. Entre las *funciones privativas* destacan⁹⁷: la elaboración, aprobación y modificación del plan comunal de desarrollo; la planificación y regulación de la comuna y confección del plan regulador comunal⁹⁸; la promoción del desarrollo comunitario; la aplicación dentro de la comuna de las disposiciones sobre transporte y tránsito públicos; la aplicación de las disposiciones sobre construcción y urbanización en la forma que determine la ley; y el aseo y ornato de la comuna.

Por otro lado, entre las *funciones facultativas o compartidas* (pueden ser ejercidas por las municipalidades directamente o en conjunto con otros órganos de la Administración del Estado), cabe mencionar⁹⁹: la educación y la cultura; la salud pública y la protección del medio ambiente; la asistencia social y jurídica; la capacitación, la promoción del empleo y el fomento productivo; el turismo, el deporte y la recreación; la urbanización y la vialidad

⁹⁶ Ley 18.695 (LOCM), artículo 1º.

⁹⁷ Ley 18.695 (LOCM), artículo 3º.

⁹⁸ El Plan Regulador Municipal es un instrumento constituido por un conjunto de normas sobre las adecuadas condiciones de higiene y seguridad en los edificios y espacios urbanos y de comodidad en la relación funcional entre las zonas habitacionales, de trabajo, equipamiento y esparcimiento. Sus disposiciones se refieren al uso del suelo o zonificación, localización de equipamiento comunitario, estacionamientos, jerarquización de la estructura vial, fijación de límites urbanos, densidades y determinación de prioridades en la urbanización de terrenos para la expansión de la ciudad, en función de la factibilidad de ampliar o dotar de redes sanitarias y energéticas y demás aspectos urbanísticos (artículo 41 Ley General de Urbanismo y Construcciones).

⁹⁹ Ley 18.695 (LOCM), artículo 4º.

urbana y rural; la construcción de viviendas e infraestructuras sanitarias; la prevención de riesgos y la prestación de auxilio en situaciones de emergencia y catástrofe; el apoyo y el fomento de medidas de prevención en materia de seguridad ciudadana (sin perjuicio del inciso 2° del artículo 101 de la CPE); la promoción de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres; y el desarrollo de actividades de interés común en el ámbito local.

Ahora bien, para el cumplimiento de sus funciones, la ley dota a las municipalidades de potestades y atribuciones¹⁰⁰. Nos interesa poner de relieve algunas que dicen relación con la hacienda municipal. Así, por ejemplo, la elaboración, aprobación y ejecución del presupuesto municipal, la administración de los bienes comunales y los bienes nacionales de uso público existentes en la comuna, la dictación de resoluciones obligatorias con carácter general (ordenanzas municipales o locales y los reglamentos municipales) o particular (decretos alcaldicios), el establecimiento de “derechos municipales” por los servicios que presten y por los permisos y concesiones que otorguen, el otorgamiento de subvenciones y aportes a personas jurídicas de derecho público o privado sin fines de lucro que colaboren directamente en el cumplimiento de las funciones municipales (límite: 7% del presupuesto municipal), la aplicación de los que hemos denominado “tributos de afectación municipales permanentes”, el otorgamiento de concesiones para la prestación de determinados servicios municipales o para la administración de establecimientos o bienes que se posean o tengan a cualquier título, en fin, el desarrollo de actividades empresariales siempre que una ley las autorice.

4.2. La autonomía “financiera” municipal

El artículo 122 de la Constitución dispone que las municipalidades gozarán de autonomía para la administración de sus finanzas¹⁰¹, como asimismo indica las fuentes de recursos de los entes locales

¹⁰⁰ Ley 18.695 (LOCM), artículos 5°, 8° y 11°.

¹⁰¹ En similares términos se expresa el artículo 14 de la Ley 18.695 (LOCM).

para atender a sus gastos: asignaciones presupuestarias del Gobierno Central, ingresos que directamente se les confieran por la ley, asignaciones de los Gobiernos regionales respectivos y aquellos recursos provenientes del Fondo Común Municipal. Por tanto, la Constitución asume –por una parte– la necesidad de las municipalidades de contar con recursos financieros para cumplir sus fines propios y que los mismos proceden de distintas fuentes. De otro lado, la consagración de un Fondo Común Municipal como una de las fuentes de recursos financieros, importa asumir al más alto nivel normativo que las municipalidades tienen disparidades en el promedio de la riqueza y en las capacidades financieras, disparidad que es necesario nivelar. En fin, también es posible advertir que las municipalidades requieren importantes transferencias de otros órdenes de gobierno.

A nuestro modo de ver, la autonomía financiera local posee un contenido limitado, tanto en la vertiente de los ingresos, como en la vertiente del gasto público. En lo que respecta a la vertiente de los ingresos, resulta evidente la escasa autonomía de las corporaciones locales en la determinación de sus ingresos, nutriéndose fundamentalmente a través de transferencias del gobierno central, ingresos procedentes de su patrimonio, el producto de multas y sanciones, ingresos provenientes del Fondo Común Municipal, ingresos que se recauden por los tributos de afectación municipales (artículo 19 N° 20 inciso 4° y disposición sexta transitoria) y los “derechos” que cobren por los servicios que presten y por los permisos y concesiones que otorguen¹⁰². Por otra parte, es reducida la participación de los tributos locales en el conjunto del sistema tributario. Además, a nivel central se establecen, gestionan y recaudan los tributos más importantes (ex., IVA e Impuesto sobre la Renta), sin que las municipalidades tengan participación directa en ellos o se disponga un recargo o sobretasa a su beneficio.

158

En cuanto al poder de gasto, baste con recordar, para comprobar su carácter limitado, las transferencias condicionadas en materia de salud y educación (no es un gasto libre) o las restricciones que se impone a los tributos que son afectados a las municipa-

¹⁰² Artículo 13 de la Ley 18.695 (LOCM).

lidades en virtud de lo dispuesto en el artículo 19 N° 20 inciso 4° de la Constitución (la recaudación sólo pueden destinarse a financiamiento de obras de desarrollo comunal y no a la cobertura del gasto fijo). De igual modo, se existen límites al endeudamiento.

4.3. Los ingresos municipales “tributarios”

En este epígrafe nos ocuparemos de los principales ingresos tributarios de las municipales, haciendo breve referencia en cada caso a los elementos esenciales del tributo. Hemos incluido en este apartado figuras que a nuestro entender son verdaderos y propios tributos, no obstante su denominación legal o la distinta calificación atribuida por los Tribunales.

Impuesto territorial (Ley N° 17.235)

Es el principal impuesto a beneficio municipal, aunque las municipalidades sólo tienen derecho a usufructuar de su recaudación. Se ha dicho que “el hecho gravado por este impuesto es la Propiedad de los Bienes Raíces”¹⁰³. A nuestro juicio, a partir de la lectura de la ley que regula el impuesto, bien podría sostenerse que el hecho imponible es la titularidad de un derecho de propiedad, de usufructo o de una concesión sobre determinados bienes. Los sujetos pasivos son el dueño, el ocupante de la propiedad y el concesionario u ocupante de bienes raíces fiscales, municipales o nacionales de uso público. La base imponible es el avalúo fiscal del bien raíz. Por su parte, la tasa es proporcional y varía (1,0% - 1,2%) dependiendo –principalmente– si se trata de bienes agrícolas o no agrícolas y si la propiedad tiene destino habitacional o no. Hay una exención general que opera respecto de ciertos bienes.

Impuesto anual por permisos de circulación

159

El artículo 12 LRM nos indica cual es el objeto del tributo: “Los vehículos que transitan por las calles, caminos y vías públicas

¹⁰³ ROJAS (2001), *El Impuesto Territorial*, p. 87.

en general, estarán gravados con un impuesto anual por permiso de circulación”. Por tanto, el hecho gravado es la circulación por las vías públicas y no la propiedad del vehículo. Los sujetos pasivos (propietarios de los vehículos) pueden elegir la municipalidad de pago (competencia intermunicipal), pero el permiso habilita al vehículo para transitar en todo el territorio nacional. La base imponible es el valor del vehículo (“precio corriente de plaza”) fijada por la Administración tributaria. En fin, la tasa es progresiva (entre 1% y 4,5%) y acumulativa.

Patentes municipales

La LRM –artículo 23 y siguientes– habla también de “contribución de patente municipal”. Existe consenso en que es un tributo, pero se discute si se trata de un impuesto¹⁰⁴ o de un derecho habilitante¹⁰⁵. Nosotros somos de opinión que estas patentes se corresponden con la acepción de impuesto. Dicho en otros términos, se trataría de un impuesto de actividad. El hecho gravado es el ejercicio de la profesión, oficio, industria, comercio, arte o cualquier actividad lucrativa secundaria o terciaria (también primaria bajo algunas condiciones). En general, son sujetos pasivos las personas que ejerzan o desarrollen actividades sujetas a gravamen. La base imponible es el capital propio de cada contribuyente (salvo

¹⁰⁴ FERNÁNDEZ (2003), “Naturaleza Jurídica de la Patente Municipal y de los Derechos contemplados en la Ley de Rentas Municipales, p. 108 “...la patente municipal no es otra cosa que un impuesto” directo, sujeto a declaración y recae –en general– sobre elementos patrimoniales, es decir, sobre la riqueza. En consecuencia le son aplicables las normas constitucionales en materia impositiva. Según HERRERA (2001), *Patentes Municipales*, no deben confundirse los términos “patente” y “permiso municipal”. “El permiso es previo y tiene por objeto verificar que la actividad y el lugar elegido para el funcionamiento de la acción (gravada o no con patente), sea hábil para ello en conformidad a la normativa vigente. Es un acto administrativo de la Municipalidad” (p. 75). En cambio –añade–, “[l]a patente municipal constituye el pago de un tributo o impuesto por ejercicio de una actividad determinada, lo que no se desvirtúa por la circunstancia que para su pago se requiere una autorización o permiso previo” (p. 162).

¹⁰⁵ RADOVIC (1998), *ob.cit.*, p. 52.

las personas que ejercen profesiones liberales o que no están obligados a confeccionar balance). En cuanto a la tasa, el legislador estableció un rango dentro del cual las municipalidades pueden moverse: entre 2,5 por mil y el 5 por mil del capital propio del negocio, con un mínimo de 1 UTM y un máximo de 8 mil UTM al año.

Patentes de alcoholes

El artículo 33 LRM se refiere a este impuesto para remitirse a la Ley N° 19.925, de 2004, sobre expendio y consumo de bebidas alcohólicas. El hecho gravado es el ejercicio de toda industria, comercio o expendio bebidas alcohólicas. Los sujetos pasivos son las personas que ejerzan dichas actividades. En cuanto a la tasa, la norma legal precisa la suma a pagar (fluctúa entre 0,6 UTM y 3,5 UTM) que será fija para cada tipo o clase de establecimiento (hoteles, casas de pensión, residenciales, restaurantes, etc.).

La “tarifa” anual de servicios de aseo

Se trata de una prestación pecuniaria que las municipalidades cobran anualmente por el servicio domiciliario de aseo por cada vivienda, local, oficina, kiosco o sitio eriazo. La LRM –artículo 7– la denomina “tarifa anual por el servicio domiciliario de aseo”, aunque en el artículo 6 se habla de cobro por el “servicio municipal de extracción de residuos sólidos domiciliarios”. El cobro puede ser diferenciado en función de los siguientes criterios: programas ambientales que incluyan reciclaje, frecuencia o volúmenes de extracción o condiciones de accesibilidad. Por tanto, el hecho gravado es la prestación del servicio público de aseo domiciliario que comprende la recolección, transporte y disposición intermedia o final de residuos sólidos domiciliarios, cuyo volumen no sobrepase de 60 litros promedio diario. No comprende la extracción que sobrepase dicho volumen, la limpieza y barrido de calles, la construcción o mantención de jardines y las labores de emergencia. Se cobra por cada vivienda, local, oficina, kiosco

o sitio eriazo. Los sujetos pasivos son el dueño u ocupante de la propiedad (sin perjuicio de la responsabilidad del propietario). La municipalidad “fijará la tarifa del servicio sobre la base de un cálculo que considere exclusivamente tanto los costos fijos como los costos variables de aquél”. El valor anual unitario por usuario se determina dividiendo la suma de los costos totales anuales y los costos variables totales anuales por el universo total de usuarios para los tres años de operación del cálculo tarifario. Las municipalidades están autorizadas para rebajar o eximir el pago de este tributo, en base a indicadores objetivos establecidos en ordenanzas municipales. Conforme ya se indicó, el TC –sentencia Rol 1.63-08-CPR, de 12 de julio de 2008– se ha pronunciado sobre la naturaleza de esta “tarifa anual”, sosteniendo que “representa un derecho y no un tributo”. En todo caso, llama la atención que cuando define la figura, lo hace en términos próximos a una *tasa*¹⁰⁶. Para nosotros es claramente un tributo¹⁰⁷.

Impuesto a las sociedades operadoras de casinos de juegos – Ley 19.995

La municipalidad en que se encuentre ubicado el respectivo casino tiene derecho a beneficiarse con el 50% de la recaudación de este impuesto, pero no tienen competencia para gestionarlo y

¹⁰⁶ “La obligación de pagar una cantidad de dinero por el servicio que presta un municipio es la contraprestación por el beneficio que recibe el usuario y corresponde al precio del mismo que se conoce con el nombre de tarifa”.

¹⁰⁷ Cuestión distinta es la dificultad de calificar este tributo como tasa basada en el criterio de la utilización individualizada del servicio. Como señala TAVARES DA SILVA (2008), *As Taxas e a Coerência do Sistema Tributário*, p. 26, la dificultad para establecer una ligazón entre el sujeto pasivo y la utilización del servicio. La misma autora nos da noticia de las soluciones propuestas por la doctrina: 1) prescindir de la existencia de la ligazón física y considerar que el presupuesto de hecho se ha verificado siempre que exista servicio de recolección de la basura en el área de residencia del sujeto pasivo (no es imprescindible que el sujeto pasivo use de forma efectiva el servicio); 2) reconducir el tributo a la categoría de contribuciones especiales.

recaudarlo. Por tratarse de un impuesto de afectación, el ingreso que genere debe ser aplicado al financiamiento de obras de desarrollo. El hecho gravado es la explotación de casinos de juego. Los sujetos pasivos son las sociedades operadoras o administradoras. La base imponible son los ingresos brutos obtenidos en la explotación de los juegos autorizados, previa deducción del importe por IVA y el monto destinado a solucionar los pagos provisionales obligatorios. En fin, la tasa es proporcional y asciende a 20%.

Patente por la no utilización de las aguas (Ley N° 20.017):

La denominada patente por la no utilización de las aguas, introducida por la ley N° 20.017, de 2005, a nuestro modo de ver, es un tributo que grava el no aprovechamiento de las aguas concedidas. En otras palabras, consiste en una prestación pecuniaria exigida coactivamente por una Administración pública como consecuencia de la realización del presupuesto de hecho establecido en la ley (la no utilización de las aguas) con fines fiscales y extrafiscales (estimular el aprovechamiento de un bien escaso como es el agua)¹⁰⁸. Los sujetos pasivos son los titulares de los derechos de agua. Para el cálculo se aplican distintos factores, porcentajes o montos dependiendo del tipo de derecho y de otras variables. La gestión y recaudación del tributo no corresponde a las municipalidades (sólo se benefician de un porcentaje de la recaudación), sino a la Dirección General de Aguas y a la Tesorería General de la República, respectivamente.

4.3.1. Los derechos municipales

El artículo 40 LRM los define como “las prestaciones que están obligadas a pagar a las municipalidades, las personas na-

¹⁰⁸ En un estudio reciente se concluye que la patente no ha sido eficaz en desincentivar el no uso, ya que los propietarios tienden a pagar lo cobrado para no perder derechos cuyos precios de mercado superan a los de las patentes. VALENZUELA et al. (2013), “Chile: ¿Es eficaz la patente por no uso de derechos de agua?”, p. 175 y ss.

turales o jurídicas de derecho público o de derecho privado, que obtengan de la administración local una concesión o permiso o que reciban un servicio de las mismas”.

Los artículos 41 y 42 LRM también se refieren a los derechos municipales. La primera de dichas disposiciones, enumera algunos servicios, concesiones o servicios por los cuales las municipalidades están facultadas para cobrar “derechos”. Por su parte, el artículo 42 estatuye que los “derechos correspondientes a servicios, concesiones o permisos cuyas tasas no estén fijadas en la ley o que no se encuentren consideradas específicamente en el artículo anterior o relativos a nuevos servicios que se creen por las municipalidades, se determinarán mediante ordenanzas locales”. Es evidente entonces que la enumeración del artículo 41 no es taxativa, que hay derechos (tributos en nuestra opinión) en que la ley fija el presupuesto de hecho y la tasa o alícuota y en otros sólo el presupuesto de hecho, en fin, que las municipalidades pueden crear nuevos derechos –y definir tanto el presupuesto de hecho como su tasa o alícuota– a través de ordenanzas locales¹⁰⁹.

En cuanto a la doctrina nacional, se aprecia cierto consenso sobre la naturaleza tributaria de los derechos municipales¹¹⁰. Hay quienes señalan que los derechos municipales se corresponden con la “acepción de tasas”, aunque la ley no lo señale expresamente¹¹¹. En nuestro concepto, los “derechos municipales” en la mayor parte de los casos son *tasas*, pero en algunos se trataría de verdaderos y propios *impuestos*. Así, por ejemplo, sería impuesto

¹⁰⁹ En este sentido, consideramos interesante la clasificación que distingue entre: A) Derechos fijados por la ley; B) Derechos cuyas tasas son fijadas por la Municipalidad y C) Derechos creados y fijados por la Municipalidad. Véase BAEZA (1993), *Los ingresos municipales*, pp. 44-45.

¹¹⁰ Por ejemplo, VERGARA (2001), “Régimen jurídico de la explotación de áridos en propiedad privada (no municipal). Derechos municipales y actividades no sujetas a concesión municipal”, p. 255, expresa que de “las normas constitucionales relativas a ‘tributo’ fluye la amplitud dada a este término, de modo tal que es indudable que debemos considerar tributos a los ‘derechos municipales’, dado su carácter de ‘prestación’ (verdadera y efectiva exacción)”.

¹¹¹ RUFÍAN (2005), “Financiamiento de las Administraciones Locales en Chile”, p. 216.

la figura denominada “derecho por transferencia de vehículos con permiso de circulación” (artículo 41 N° 7 LRM), ya que se trata de una prestación pecuniaria exigida coactivamente por la realización de un negocio o contrato sin contraprestación municipal alguna o sin que medie una actividad administrativa municipal. También podrían llegar a serlo –por similares razones– los derechos por los permisos para la instalación de publicidad que sea vista u oída desde la vía pública.

Por lo que se refiere a la jurisprudencia, es posible apreciar decisiones en sentidos opuestos. Por una parte, la sentencia de la Corte Suprema del año 1992 (Compañía de Teléfonos de Chile con Municipalidad de Villa Alemana), en la cual se llega a la conclusión que los derechos municipales son tributos sobre la base –entre otros argumentos– de la noción amplia de tributo de la CENC. Más tarde se volvió a cuestionar la constitucionalidad de los derechos municipales y del artículo 42 LRM, correspondiendo en esta oportunidad decidir al TC¹¹². El voto de mayoría concluyó que los derechos municipales no son tributos, sino una categoría de ingreso público distinta conceptual y normativamente. En lo conceptual, es curioso que el TC defina los tributos como impuestos y los derechos en términos cercanos a la acepción de tasa. En suma, todo lo que no sea impuesto carecería de naturaleza tributaria.

Derechos por servicios, concesiones o permisos del artículo 41 LRM:

Derechos relativos a la urbanización y construcción: su naturaleza y monto está regulada en Ley General de Urbanismo y Construcción (establece tasas máximas a cobrar). Ej.: permisos de subdivisión y loteo, construcciones, ampliaciones, demoliciones, planos, etc.

Derechos por ocupaciones de la vía pública, con mantención de escombros, materiales de construcción, andamios y cierres, etc.

¹¹² STC Rol N° 1034-08-INA, de 07 de octubre de 2008.

Derechos por extracción de arena, ripio u otros materiales de bienes nacionales uso público, desde pozos lastreros de propiedad particular.

Derechos por instalaciones o construcciones varias en bienes nacionales uso público.

Derechos por los permisos para la instalación de publicidad en la vía pública, o que sea vista u oída desde la misma.

Derechos por examen de conductores y otorgamiento de licencia de conducir.

Derechos por transferencia de vehículos con permiso de circulación (usados). Tasa: 1,5% sobre el precio de venta.

Derechos cobrados a los comerciantes ambulantes.

4.5. Otros ingresos municipales

4.5.1. Fondo Común Municipal (FCM)

El FCM es un mecanismo de redistribución solidaria de recursos destinado a apoyar financieramente a las municipalidades con menores recursos y formado con aportes porcentuales de los ingresos municipales percibidos por concepto de impuesto territorial, permisos de circulación, patentes municipales, además de transferencias y aportes provenientes del fisco. Por tanto, todos los municipios, en mayor o menor medida, contribuyen y obtienen recursos del FCM. Para algunas municipalidades, el FCM es una de las principales fuentes de financiamiento.

4.5.1.1. Composición FCM

Según dispone el artículo 14 de la LOCM, integran el Fondo Común Municipal diversos recursos:

El 60% del *impuesto territorial* recaudado. Sin embargo, las comunas de Providencia, Las Condes, Vitacura y Santiago aportarán por este concepto el 65%. La diferencia constituye ingreso propio de cada municipalidad.

El 62,5% de la recaudación por concepto de *permisos de circulación* de vehículos.

El 65% de los ingresos por *patentes municipales* recaudados en las Municipalidades de Providencia, Las Condes y Vitacura; y un 55% de lo recaudado por el mismo concepto en la Municipalidad de Santiago.

El 50% del “derecho” por transferencia de vehículos con permisos de circulación.

El 100% del *impuesto territorial* que paguen los inmuebles fiscales afectos.

Un *aporte fiscal* concedido en la Ley de Presupuestos del Estado (218.000 UTM).

El 100% de la recaudación por *multas* impuestas por los Juzgados de Policía Local por infracciones o contravenciones a las normas de tránsito, detectadas por medio de equipos de registro de infracciones. En otras palabras, multas de “foto radares” o “tele radares”.

Un *aporte adicional* de las Municipalidades de Providencia, Vitacura y Las Condes, en proporción al rendimiento del impuesto territorial (artículo 39 LRM).

4.5.1.2. Distribución FCM

La distribución del FCM se sujeta a los criterios y normas establecidos en la Ley de Rentas Municipales. Esta última, dispone en su artículo 38 que la distribución se sujetará a los siguientes indicadores:

Un 25% en partes iguales entre las comunas del país.

Un 10% en relación al número de pobres de la comuna, ponderado con relación a la población pobre del país.

Un 30% en proporción directa al número de predios exentos de impuesto territorial de cada comuna, con relación al número de predios exentos del país.

Un 35% en proporción directa a los menores ingresos propios permanentes del año precedente al cálculo, lo cual se deter-

minará en base al menor ingreso municipal propio permanente por habitante, en relación con el promedio nacional de dicho ingreso por habitante.

5. Conclusiones

Las conclusiones de este trabajo pueden resumirse en los siguientes puntos:

1º.- La ciudad de Santiago es una realidad que por sus características y dimensiones bien podría ser calificada como una “Ciudad-Estado”. En cuanto tal, la ciudad necesita la prestación permanente de bienes y servicios públicos, en cuya provisión intervienen entes públicos (estatales, regionales y municipales) y privados. En todo caso, a partir de la década de los ochenta ha disminuido la presencia de la actividad pública prestacional, ganando protagonismo la iniciativa privada, esencialmente por causa del rol subsidiario que se le ha venido atribuyendo al Estado.

2º.- La prestación de bienes y servicios públicos supone una serie de erogaciones que hemos englobado en los conceptos de costos y gastos. En otras palabras, la cuenta de la ciudad de Santiago estaría constituida por el conjunto de costos y gastos asociados a la provisión de bienes y servicios.

3º.- Los tributos –y en particular los impuestos– son la fuente principal de ingresos públicos y de financiamiento del gasto público. En este sentido, podríamos considerar al Estado chileno como un “Estado impositivo” o “Estado tributario”. La explotación de los recursos naturales, especialmente minerales, siendo una fuente importante de recursos, no constituye el soporte financiero determinante del Estado chileno.

4º.- El concepto de tributo, no obstante su importancia financiera, no tiene todavía en el ordenamiento tributario chileno contornos claros y precisos. En la práctica, acaba siendo funcional a los intereses que se pretenda proteger. La especie de tributo más problemática es la tasa, en particular aquellas cobradas por las municipalidades. Estas suelen ser denominadas

legalmente como “derechos” o “tarifas” para intentar esquivar la propia Constitución.

5º.- La tarifa es una figura que ha venido ganando espacio en cuanto forma de cobro por determinados servicios prestados. En las leyes reguladoras de servicios de utilidad pública se la suele usar para referirse a precios regulados o precios libres. En todo caso, no es una figura que tenga contornos precisos a nivel dogmático.

6º.- En suma, los costos y los gastos asociados a la cuenta de la ciudad de Santiago son, directa y/o indirectamente, soportados o asumidos básicamente por sus propios habitantes, “ciudadanos-contribuyentes” y/o “ciudadanos-usuarios”.

Bibliografía

- AGÜERO VARGAS, FRANCISCO (2003), *Tarifas de Empresas de Utilidad Pública. Telecomunicaciones, Agua Potable, Electricidad y Gas* (Santiago, Ed. LexisNexis Chile) 487 pp.
- ALÉ YARAD, Jorge (1990), “Un nuevo esquema de regulación de monopolios naturales”, *Estudios Públicos*, N° 37, pp. 165-226.
- ALTAMIRANO CATALÁN, Marco y MUÑOZ BENAVENTE, Felipe (2006), *Derecho Tributario. Parte General*, (Santiago, Ed. LegalPublishing) 434 pp.
- ARELLANO, Juan Pablo (2012), “El cobre como palanca de desarrollo para Chile”, *Estudios Públicos*, N° 127, pp. 123-159.
- AVILÉS HERNÁNDEZ (2005), Víctor Manuel, *Legalidad Tributaria. Garantía Constitucional del Contribuyente* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 210 pp.
- BAEZA, Rodrigo (1993), *Los ingresos municipales*, Corporación de Promoción Universitaria, Programa de Políticas Sociales – Programa en gestión Directiva Municipal, Texto Especializado N° 6/93 N° 128 pp.
- BARQUERO ESTEVAN, José Manuel (2002), *La función del tributo en el Estado social y democrático de Derecho* (Madrid, CEPC) 156 pp.
- BERMÚDEZ SOTO, Rodrigo (2005), “La regulación tarifaria de los servicios públicos”, *Revista de Derecho Administrativo Económico*, N° 15, pp. 17-41.

CASALTA NABAIS, José (2012), *Direito Fiscal*, 7ª edição (Coimbra, Ed. Almedina) 613 pp.

CEA EGAÑA, José Luis (1988), *Tratado de la Constitución de 1980: Características Generales - Garantías Constitucionales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 402 pp.

____ (2012), *Derecho Constitucional Chileno: derechos, deberes y garantías*, T. II, 2ª edición (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile) 733 pp.

DE BRITO MACHADO, Hugo (2009), *Curso de Direito Tributário*, 30ª edição (São Paulo, Malheiros Editores) 551 pp.

DÍAZ SUAZO, Marcelo (2003), “Contribuciones especiales: El ejemplo de la pavimentación participativa”, *Revista Chilena de Derecho*, Volumen 30, Nº 3, pp. 433-438.

EVANS ESPIÑEIRA, Eugenio (2010), *Los Tributos en la Constitución*, 2ª edición actualizada (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 203 pp.

FELIÚ SEGOVIA, Olga (2001), “Los tributos en la Constitución”, en Enrique Navarro Beltrán (ed.), *20 años de la Constitución Chilena 1981-2001* (Santiago, Ed. Conosur Ltda.), pp. 331-357.

FERMANDOIS, Arturo (2010), *Derecho Constitucional Económico*. T. II, Tributos y Propiedad (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile) 488 pp.

FERNÁNDEZ RICHARD, José (2003), “Naturaleza Jurídica de la Patente Municipal y de los Derechos contemplados en la Ley de Rentas Municipales”, *Temas de Derecho* (UGM), año XVIII, Nos. 1 y 2, pp. 107-114.

FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (2000), “La Constitución Económica de 1980: Algunas Reflexiones Críticas”, *Rev. Derecho (Valdivia)*, vol. 11, pp. 47-54.

FIGUEROA VALDÉS, Juan Eduardo (1985), *Las Garantías Constitucionales del Contribuyente en la Constitución Política de 1980* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 324 pp.

GARCÍA NOVOA, César (2012), *El Concepto de Tributo* (Buenos Aires, Marcial Pons) 351 pp.

GUZMÁN BRITO, Alejandro (1991), “La Ciudad-Estado en Hispanoamérica”, *Revista de Derecho Público – Facultad de Derecho – Universidad de Chi-*

- le, Nº 50, pp. 263-267.
- HERRERA RAMÍREZ, Jorge (2001), *Patentes Municipales* (Santiago, Editorial Conosur) 416 pp.
- LAMARQUE, Jean, NÉGRIN, Olivier y AYRAULT, Ludovic (2011), *Droit Fiscal Général* (París, LexisNexis, 2ª edición) 1463 pp.
- PÉREZ RODRIGO, Abundio (2013), *Manual de Código Tributário*, 9ª edición (Santiago, Ed. Legal Publishing) 427 pp.
- RADOVIC SCHOEPEN, Ángela (1998), *Obligación Tributaria* (Santiago, Editorial Jurídica ConoSur Ltda.) 421 pp.
- _____ (2010), *Sistema Sancionatorio Tributario. Infracciones y Delitos*, 2ª edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 241 pp.
- ROJAS RETAMAL, Roberto (2001), *El Impuesto Territorial*, (Santiago, Editorial Jurídica ConoSur Ltda.) 408 pp.
- RUFÍAN LIZANA, Dolores (2005), “Financiamiento de las Administraciones Locales en Chile”, en *La Financiación de los Municipios. Experiencias Comparadas* (Madrid, Editorial Dykinson), pp. 195-223.
- TAVARES DA SILVA, Suzana (2008), *As Taxas e a Coerência do Sistema Tributário* (Braga, Ed. Cejur) 94 pp.
- UGALDE PRIETO, Rodrigo (2004), “Naturaleza Jurídica del Royalty a la Minería”, *Gaceta Jurídica*, Nº 285, pp. 36-42.
- VALENZUELA, Christian, FUSTER, Rodrigo y LEÓN, Alejandro (2013), “Chile: ¿Es eficaz la patente por no uso de derechos de agua?”, *Revista CEPAL*, Nº 109, pp. 175-198.
- VAN WEEZEL, Alex (2007), *Delitos Tributarios* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 206 pp.
- VERDUGO MARINKOVIC, Mario, PFEFFER URQUIAGA, Emilio y NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2012), *Derecho Constitucional*, T. I, 2ª edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 375 pp.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2001), “Régimen jurídico de la explotación de áridos en propiedad privada (no municipal). Derechos municipales y actividades no sujetas a concesión municipal”, *Revista de Derecho Público – Facultad de Derecho – Universidad de Chile*, vol. 63, pp. 249-265.

_____ (2010), *Instituciones de Derecho Minero*, (Santiago, Ed. Legal Publishing Chile) 821 pp.

VILLAR ROJAS, Francisco José (1993), *Privatización de Servicios Públicos* (Madrid, Tecnos) 393 pp.

ZÚÑIGA URBINA, Francisco (2001), “Constitución Económica y Estado empresario”, *Revista de Derecho Público – Facultad de Derecho – Universidad de Chile*, vol. 63, pp. 339-374.

Contributos dos Participantes

(Página deixada propositadamente em branco)

Pagar a conta da cidade no Brasil: Os “novos” instrumentos fiscais e tri- butários de desenvolvimento urbano no Brasil

João Telmo de Oliveira Filho¹

Ana Beatriz Oliveira Reis²

Marcela Martins dos Passos³

Introdução

O presente artigo pretende apresentar e promover a discussão sobre alguns dos novos instrumentos fiscais e tributários relacionados à gestão urbano-ambiental e concebidos a partir do marco normativo do Estatuto da Cidade (Lei 10.257/01) e legislação correlata no Brasil.

¹ Advogado, doutor em planejamento urbano e regional, professor universitário, em estágio de pós- doutoramento junto ao CEDOUA, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, bolsista CAPES/Governo brasileiro, processo n. 3116/12-3. Email: joaotelmofilho@uol.com.br.

² Acadêmica em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora, em mobilidade na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

³ Advogada, Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná e Pós-Graduanda em Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente pelo CEDOUA, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Dentre os instrumentos fiscais e tributários de competência dos municípios estão o Imposto Predial e Territorial Urbano – IPTU que se apresenta como instrumento de desenvolvimento urbano e, mais recentemente, o Imposto Predial e Territorial Urbano Progressivo no Tempo, fundamentado pelo Princípio Constitucional da Função Social da Propriedade e concebido no sentido de diminuir os vazios urbanos e “forçar” os proprietários de terras urbanas ociosas a dar um uso social as mesmas. Do mesmo modo, os instrumentos do chamado “solo criado”, embora não de natureza eminentemente tributária, estão se tornando importantes instrumentos de arrecadação pública dos municípios, através do processo de venda e intermediação de índices construtivos a partir dos planos diretores municipais.

Estas experiências se constituem em interessantes ferramentas para o financiamento das cidades no Brasil, acompanhado de outras políticas públicas, especialmente os repasses de recursos e o aumento da arrecadação em razão do crescimento econômico do país.

1. A estrutura tributária: os impostos municipais no Brasil:

Em razão do Princípio Federativo adotado pelo Brasil na Constituição Federal de 1988, pressupõe-se a autonomia dos entes políticos: União, Estados, Distrito Federal e Municípios, o que exige a repartição das competências tributárias. A definição das competências tributárias, a propósito, está explícita no artigo 145 da Constituição Federal. Esse dispositivo estatui que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir tributos.

O artigo 156 da Constituição Federal estabelece quais os impostos que compete aos municípios instituir:

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

I - propriedade predial e territorial urbana;

II - transmissão *inter vivos*, a qualquer título, por ato one-

roso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos e sua aquisição.

III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art.155, II, definidos em lei complementar.

Os municípios, em razão da competência própria, também podem legislar sobre assuntos de interesse local. Nesse sentido, além de instituir os impostos do artigo 156 da Constituição Federal e de receber os repasses dos impostos federais e estaduais, os municípios brasileiros têm buscado como fonte de financiamento a instituição de impostos e taxas decorrentes dos modelos autorizados. É o caso dos impostos territorial e territorial urbano progressivo e os impostos e taxas ambientais, como o licenciamento ambiental que passou da competência dos Estados para os municípios, além de assumir a cobrança do Imposto Territorial Rural para os municípios optarem pela cobrança.

2. A constitucionalização da política urbana e a edição do Estatuto da Cidade

A Constituição Brasileira de 1988 estabeleceu um capítulo próprio para a “política urbana”. A Carta Magna prevê no artigo 182, a existência de uma lei que deveria determinar as diretrizes gerais da política urbana brasileira e prevê a elaboração dos planos diretores municipais. O Estatuto da Cidade (Lei 10.257/01) é a lei constitucionalmente prevista que estabelece as diretrizes da política urbana e apresenta uma série de instrumentos jurídicos e políticos de indução ao desenvolvimento urbano, dentre eles, o IPTU progressivo, a outorga onerosa e a transferência do direito de construir.

Art. 182. A **política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal**, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subu-

tilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I - parcelamento ou edificação compulsórios;

II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais. (grifo nosso)

Dentre os instrumentos de indução do desenvolvimento urbano inseridos na legislação brasileira através do Estatuto da Cidade, apresentamos o detalhamento de alguns dos “novos” instrumentos fiscais e tributários de desenvolvimento urbano no Brasil.

3. Os “novos” instrumentos fiscais e tributários de desenvolvimento urbano:

Entre os instrumentos constantes no Estatuto da Cidade, vários dispositivos guardam relação com a efetivação das políticas de colaboração e indução ao desenvolvimento urbano, e todos já referidos nos anteprojetos anteriores para a Lei de Desenvolvimento Urbano. São os relativos ao *parcelamento, edificação ou utilização compulsórios* (artigos. 5º e 6º); o *imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo* (art. 7º) e o instrumento da *outorga onerosa do direito de construir*, que merecerão uma análise a seguir:

3.1. O Parcelamento, edificação ou utilização compulsórios e o IPTU Progressivo

O parcelamento, edificação ou utilização compulsórios são instrumentos a serem utilizados pelo Poder Público Municipal, como forma de obrigar os proprietários de imóveis urbanos a utilizar socialmente estes imóveis, de acordo com o disciplinado obrigatoriamente no Plano Diretor do Município. Pode ser através do parcelamento de uma área urbana não utilizada ou sub-

-utilizada ou a edificação de uma área urbana não edificada. Por meio do parcelamento ou edificação compulsórias o Poder Público municipal condiciona o proprietário a assegurar o uso social da propriedade a um comportamento positivo, de utilizar, construir.

De acordo com o parágrafo 4º do artigo 5º do Estatuto da Cidade, os prazos para o cumprimento da obrigação pelo proprietário são de um ano a partir da notificação para protocolar o projeto no órgão municipal competente e dois anos a partir da aprovação do projeto para iniciar as obras do empreendimento. Para os empreendimentos de grande porte, é possível, em caráter especial, que a lei municipal possa prever a conclusão das obras em etapas.

Os instrumentos supracitados são de forte intervenção na propriedade urbana privada, conforme ressalta SILVA (2010:422). O Plano Diretor irá definir qual o tipo de aproveitamento será adequado, uma vez que o legislador constitucional adotou a cláusula “adequado aproveitamento” e o Estatuto da Cidade definiu como parcelamento, edificação ou utilização. Não atendida à obrigação de parcelar, edificar ou utilizar o Município poderá aplicar o IPTU Progressivo.

O Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana Progressivo no Tempo (IPTU Progressivo) previsto no Estatuto da Cidade se fundamenta no artigo 145, § 1º, no artigo 150, II e no artigo 156, § 1º, todos da Constituição Federal, de modo a promover a distribuição justa da riqueza inerente a propriedade, como instrumento de realização da justiça social. De acordo com o § 1º do artigo 156 da Constituição Federal o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana poderá: I – ser progressivo em razão do valor do imóvel; I – ter alíquotas diferentes de acordo com a localização do imóvel.

O Imposto Predial e Territorial Urbano Progressivo no Tempo possui natureza extra-fiscal e se caracteriza como sanção ao proprietário que não destinou sua propriedade a uma função social. A finalidade do município na utilização do IPTU progressivo no tempo não é a arrecadação, mas o de forçar o proprietário a cumprir com as obrigações previstas no plano diretor, de

parcelar ou edificar. Em caso de descumprimento das condições e dos prazos previstos o Município deve aplicar o imposto com a majoração da alíquota pelo prazo de cinco anos consecutivos. Com relação ao valor da alíquota, o valor aplicado não excederá a duas vezes o valor referente ao ano anterior, respeitada a alíquota máxima de quinze por cento. Caso as condições não sejam atendidas nos cinco anos, o Município poderá manter a cobrança pela alíquota máxima até o cumprimento da obrigação, ficando garantida a prerrogativa de desapropriar o imóvel para fins de reforma urbana nos termos do § 2º do artigo 7º do Estatuto da Cidade. Ainda, pelo § 3º deste artigo, fica proibida a concessão de anistia ou isenções⁴.

A desapropriação para fins de reforma urbana prevista no artigo 182, parágrafo 4º, inciso III, é uma das exceções ao artigo 5º, XXIV da Constituição Federal, pelo qual a desapropriação será efetuada mediante justa e prévia indenização em dinheiro. O poder público municipal pode fazer a desapropriação no caso do proprietário deixar de cumprir com a obrigação de dar destinação social a propriedade após o término do prazo máximo de cinco anos da aplicação do IPTU Progressivo. Essa desapropriação é entendida como uma sanção ao proprietário por não respeitar o Princípio Constitucional da Função Social da Propriedade. O pagamento da indenização será feito através de títulos da dívida pública, de emissão previamente aprovada pelo Senado Nacional, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais⁵.

Em resumo, o processo do IPTU progressivo pode ser detalhado nas fases abaixo:

⁴ Conforme levantamento do Ministério das Cidades dos quase 1,5 mil municípios que aprovaram o plano diretor em 2008, cerca de mil estabeleceram a aplicação do IPTU progressivo no tempo.

⁵ O IPTU progressivo foi considerado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, após a aprovação da Emenda Constitucional 26.

1º momento: lei municipal específica para área incluída no plano diretor poderá determinar o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsórios do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, devendo fixar as condições e os prazos para implementação da referida obrigação. (art. 5º e segs.)

Considera-se subutilizado o imóvel cujo aproveitamento seja inferior ao mínimo definido no plano diretor ou em legislação dele decorrente.

2º momento: o proprietário será notificado pelo Poder Executivo municipal para o cumprimento da obrigação, devendo a notificação ser averbada no cartório de registro de imóveis.

3º momento: em caso de descumprimento das condições e dos prazos previstos, o Município procederá à aplicação do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU) progressivo no tempo, mediante a majoração da alíquota pelo prazo de cinco anos consecutivos.

O valor da alíquota a ser aplicado a cada ano será fixado na lei específica a que se refere o caput do art. 5º desta Lei e não excederá a duas vezes o valor referente ao ano anterior, respeitada a alíquota máxima de quinze por cento.

Caso a obrigação de parcelar, edificar ou utilizar não esteja atendida em cinco anos, o Município manterá a cobrança pela alíquota máxima, até que se cumpra a referida obrigação.

4º momento (Desapropriação com pagamento em títulos - Art. 8º): decorridos cinco anos de cobrança do IPTU progressivo sem que o proprietário tenha cumprido a obrigação de parcelamento, edificação ou utilização, o Município poderá proceder à desapropriação do imóvel, com pagamento em títulos da dívida pública.

Os títulos da dívida pública terão prévia aprovação pelo Senado Federal e serão resgatados no prazo de até dez anos, em prestações anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais de seis por cento ao ano.

O valor real da indenização refletirá o valor da base de cálculo do IPTU, descontado o montante incorporado em função de

obras realizadas pelo Poder Público na área onde o mesmo se localiza após a notificação;

5º momento (Aproveitamento do Imóvel pelo Município): o Município procederá ao adequado aproveitamento do imóvel no prazo máximo de cinco anos, contado a partir da sua incorporação ao patrimônio público.

O aproveitamento do imóvel poderá ser efetivado diretamente pelo Poder Público ou por meio de alienação ou concessão a terceiros, observando-se, nesses casos, o devido procedimento licitatório.

Ficam mantidas para o adquirente de imóvel nos termos do § 5º as mesmas obrigações de parcelamento, edificação ou utilização.

3.2 A outorga onerosa do direito de construir e o “solo criado”.

O instituto da “outorga onerosa do direito de construir” anteriormente conhecido como “solo criado”, muito discutido na década de 1970 por urbanistas e juristas no Brasil defenderam a possibilidade de sua introdução por lei municipal. Verificou-se que sua adoção pelos municípios não seria possível, pois na época carecia de lei federal para disciplinar o que agora é disciplinado pelo Estatuto da Cidade. Trata-se da instituição de um coeficiente básico de aproveitamento, e acima deste, o proprietário para construir, terá que dar uma contrapartida para o Poder Público, justificando-se pelo adensamento a ser provocado, o que obrigará o poder público a incorrer em custos econômicos da infra-estrutura de determinada área da cidade. O Plano Diretor poderá fixar coeficiente de aproveitamento único para toda a zona urbana ou diferenciado para áreas específicas.

Para alguns autores, como SILVA (2010), a transferência do direito de construir é componente do conceito de solo criado. Esta transferência consiste na possibilidade que teriam os proprietários de terrenos de alienar o seu direito de construir, limitando-se

ao coeficiente permitido, considerado “*solo criado*” toda edificação acima do coeficiente único, quer envolva ocupação do espaço aéreo, quer a de subsolo.

São dois os princípios que fundamentam o instituto: o Direito de Superfície e a Função Social de Propriedade. Ao estabelecer o Direito de Superfície entre os artigos 21 ao 24, o Estatuto da Cidade acrescenta um conceito mais amplo ao Direito de Propriedade. A figura do direito de superfície existiu no nosso direito até 1964 como uma das figuras do direito real que, conforme Clóvis Bevilacqua em seu Tratado sobre o Direito Civil seria o direito de construir sobre propriedade alheia. Com fundamento no direito comparado, trata-se de direito real autônomo, temporário ou perpétuo, de fazer ou manter construção ou plantação sobre ou sob terreno alheia.

É a propriedade separada do solo, bem como é a propriedade decorrente da aquisição feita ao dono do solo de construção ou plantação nele já existente. O direito de superfície é adquirido pelo registro do contrato de superfície no Registro de Imóveis competente. É possível ser adquirido por sucessão e por usucapião, desde que não separada da propriedade do solo. Pode ser transferida a terceiros, observados os termos do contrato e ser temporária, condicionada a termo final, sendo de livre arbítrio pelas partes. Poderá ainda ser gratuita ou onerosa. Por exemplo: o Estado pode cobrar o uso do subsolo das instalações subterrâneas de fios das companhias telefônicas, ou do espaço aéreo para instalação de antena ou propaganda.

De acordo com o Estatuto da Cidade, reconhece-se que o direito de construir tem um valor em si mesmo, independente do valor da propriedade. O reconhecimento deste valor, concedido pela legislação, foi o grande motivador do conceito de solo criado no Brasil.

A versão constante no Estatuto da Cidade contempla as possibilidades experimentadas pelas cidades para implementação do solo criado através da ampliação dos índices construtivos. O *caput* do artigo 28 do Estatuto da Cidade tem a seguinte redação:

Art. 28. O plano diretor poderá fixar áreas nas quais o direito de construir poderá ser exercido acima do coeficiente de aproveitamento básico adotado, mediante contrapartida a ser prestada pelo beneficiário.

No artigo 31 do Estatuto da Cidade está disposto que os recursos da adoção do instituto serão aplicados em finalidades específicas, quais sejam, de regularização fundiária, projetos habitacionais, reserva fundiária, equipamentos urbanos, espaços públicos de lazer e áreas verdes, ou seja, fica definido, a exemplo do direito de preempção que estes recursos serão aplicados em projetos específicos de reassentamento e regularização fundiária, garantindo que estes recursos não sejam desviados para outras áreas.

Para SILVA (2010) o solo criado nada mais seria do que “uma simples restrição ao direito de construir, tal como as que existem hoje nas leis de uso e ocupação do solo.” Desta forma, o instrumento trata de mera autorização do poder público, dentro de determinados limites, para construção em índices acima do anteriormente permitido. A discussão em relação aos efeitos do instituto é em razão dos limites e da liberalidade que o texto como se apresenta pode sugerir, uma vez que remete ao plano diretor a fixação dos coeficientes de aproveitamento. A ressalva do parágrafo 3º, considerando como limite a proporcionalidade entre a infra-estrutura e o aumento da densidade esperada, não se constitui em garantia suficiente contra a especulação imobiliária e o aumento desenfreado do potencial construtivo, uma vez que interesses empresariais e das administrações municipais em aumentar seus recursos para programas, podem provocar um crescimento indesejável das cidades.

O Estatuto da Cidade separa o instituto da Outorga Onerosa (artigos 28 a 31) da Transferência do Direito de Construir (art. 35). Por meio deste instrumento o município pode subordinar o exercício individual do direito de construir a uma necessidade social ou ambiental através do exercício deste direito em outro local. Por exemplo, nos casos dos imóveis considerados de inte-

resse ambiental, histórico, cultural ou destinado a implantação de programas sociais.

O instituto do Solo Criado que ocorre através da outorga onerosa do direito de construir que, em resumo, pode ser detalhado assim:

i. Outorga onerosa do direito de construir (art. 28 e segs.)

É a autorização do poder público para o proprietário construir área superior daquela definida pelo plano diretor, através da compensação financeira ao município; o Plano Diretor Municipal deverá determinar os limites máximos que poderão ser construídos;

Os recursos obtidos deverão ser utilizados para regularização fundiária e habitacionais de interesse social, reserva fundiária, direcionamento da expansão urbana, equipamentos, áreas verdes ou unidades de proteção ambiental, histórica, cultural ou paisagística.

ii. Transferência do direito de construir (art. 35 e segs.)

É a autorização para o proprietário vender seu direito de construir, conforme previsto no Plano Diretor Municipal, quando seu imóvel for necessário para implementação de programas de regularização fundiária, habitação social, equipamentos urbanos ou ser considerado de preservação. É também concedido este direito, se o proprietário doar seu imóvel ao município com estas mesmas finalidades.

Ou seja, os municípios brasileiros podem tirar proveito dos recursos da aplicação do instituto, através das compensações urbanísticas previstas no Estatuto da Cidade, desonerando sua aplicação em áreas como de regularização fundiária, projetos habitacionais, reserva fundiária, equipamentos urbanos, espaços públicos de lazer e áreas verdes, etc.

4. Conclusões:

Os institutos do Imposto Predial e Territorial Urbano Progressivo no tempo, de natureza tributária e de competência dos municípios e os instrumentos da outorga onerosa e da transferência do Direito de Construir, elementos do chamado instituto do “Solo Criado” são novos instrumentos de desenvolvimento urbano a disposição dos municípios capazes de propiciar meios de arrecadação direta de impostos para os municípios brasileiros. Embora justificados como instrumentos para promover o Princípio Constitucional da Função Social da Propriedade e ampliar o acesso a terra urbana, estes instrumentos, quando efetivamente implementados pelos municípios tem propiciado receitas, diretas ou por compensação, importantes.

Entretanto, existem problemas na efetivação desses instrumentos em razão de interesses particulares e da falta de conhecimento técnico e compromisso político das administrações locais, especialmente das pequenas cidades brasileiras. São instrumentos, em geral, efetivado nas grandes cidades brasileiras. Embora o Estatuto da Cidade preveja a sua implementação nos planos diretores municipais e pelas legislações municipais tem ocorrido de forma superficial ou incompleta, faltando a devida regulamentação.

Cumprе ressaltar a dupla tarefa destes instrumentos: planejar o território urbano de forma a contemplar a prevalência de interesses públicos e o controle da ordenação territorial e ampliar as receitas tributárias municipais.

Bibliografia

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*, São Paulo. Malheiros, 1996.

MUKAI, Toshio. O Estatuto da Cidade (síntese dos aspectos mais importantes). Revista Interesse Público 11, Porto Alegre, Notadez, 2001.

OLIVEIRA FILHO, João Telmo de. O Estatuto da Cidade: fundamentos e principais instrumentos. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 347, 19 jun.2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5370>>. Acesso em: 21 fev. 2013.

SILVA. José Afonso. *Direito Urbanístico Brasileiro*, 6ª edição, Malheiros, São Paulo, 2010

(Página deixada propositadamente em branco)

Taxa de Cooperação e Defesa da Orizicultura

Vivian de Castro Morales Leal

1. Introdução

A Taxa de Cooperação e Defesa da Orizicultura – TCDO – foi instituída pela Lei Estadual nº 533, de 31 de dezembro de 1948, pelo estado do Rio Grande do Sul, sob o escopo de financiar as atividades do então criado Instituto Rio Grandense do Arroz – IRGA¹, antigo Sindicato Arrozeiro do Rio Grande do Sul. Na condição de autarquia administrativa, com independência administrativa, financeira e orçamentária, subordinada ao Governo do referido estado, por intermédio da Secretaria da Agricultura, Pecuária e Agronegócio², seu papel principal era o desenvolvimento da rizicultura na região.

¹ Criado como entidade pública pelo Decreto Lei nº 20, de 20 de junho de 1940, conforme o site do próprio IRGA: <http://www.irga.rs.gov.br/index.php?principal=1&scao=999&id=76&menuP=76&key=1>

² Artigo 1º da Lei estadual nº 533/48, que foi objeto de diversas alterações legislativas, sendo a mais recente a redação dada pelas Leis n.º 13.697/11 e n.º 13.930/12.

A espécie tributária em questão, era pois atrelada à taxa nas suas duas vertentes, exercício do poder de polícia e prestação ou disposição de serviço público específico e divisível, cuja utilização é efetiva ou potencial³, consoante prevê o artigo 145, inciso II da Constituição Federal brasileira, e o artigo 77 do Código Tributário Nacional.

Segundo os tribunais superiores⁴, o exercício do poder de polícia se consubstanciava na disciplina do mercado e da produção do arroz. Enquanto que o serviço público apontado seriam os demais arrolados no artigo 4º da Lei nº 533/48.

³ O Código Tributário Nacional, visando afastar dúvidas quanto aos fundamentos da taxa, define tais fatos geradores na seguinte ordem:

“Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.

Art. 79. Os serviços públicos a que se refere o artigo 77 consideram-se:

I - utilizados pelo contribuinte:

a) efetivamente, quando por ele usufruídos a qualquer título;

b) potencialmente, quando, sendo de utilização compulsória, sejam postos à sua disposição mediante atividade administrativa em efetivo funcionamento;

II - específicos, quando possam ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de unidade, ou de necessidades públicas;

III - divisíveis, quando suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um dos seus usuários.”

⁴ Nesse sentido acórdãos do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n.º 87.514-RS, de 31 de Maio de 1978, publicado no Diário de Justiça em 2 de Junho de 1978: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=181455> e do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial n.º 114.219 – RS, em 18 de setembro de 1997, publicado no Diário de Justiça em 20 de Outubro de 1997: https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199600743320&dt_publicacao=20-10-1997&cod_tipo_documento=3

Tais serviços como a implementação de programas de pesquisa agrícola e tecnológica e de assistência técnica e extensão rural para a promoção do desenvolvimento sustentável da cadeia produtiva do arroz, é o que dá suporte à atual cobrança da taxa, conforme se depreende na presente jurisprudência.

2. Perfil Tributário

2.1 Fato gerador

Nos moldes do disposto pelo artigo 20 da Lei nº 533/48, o fato gerador se subsume à utilização efetiva ou potencial dos serviços específicos e divisíveis que o IRGA presta ou põe à disposição dos produtores de arroz do estado do Rio Grande do Sul⁵.

2.2 Sujeito ativo

A taxa em alusão é devida ao Instituto Rio Grandense do Arroz, que ademais possui capacidade tributária ativa para a cobrança dos respectivos créditos⁶.

2.3 Sujeito passivo

Os importadores, beneficiadores e exportadores do arroz em casca figuram na condição de sujeito passivo da TCDO, quanto aos demais sujeitos que integrem qualquer estágio de industrialização do produto, também se submetem à exação, na qualidade de substitutos tributários, conforme prevê o § 3º do artigo 20 da Lei nº 533/48.

⁵ Ver §2º do artigo 20 da Lei: nº 533/48: <http://www3.al.rs.gov.br/legis-comp/arquivo.asp?Rotulo=Lei%20n%BA%20533&idNorma=841&tipo=pdf>

⁶ Nesse sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, como o acórdão no [Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1329433](#), de 18 de Setembro de 2012, publicado no Diário de Justiça eletrônico em 28 de Setembro de 2012, bem como o acórdão proferido no [Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 53689](#) – RS, em 24 de Abril de 2012, publicado no Diário de Justiça eletrônico em 4 de Maio de 2012.

2.4 Quantificação: alíquota e base de cálculo

Tendo por referência o ano de 2013, a soma da exação corresponde a R\$ 0,45 (quarenta e cinco centavos) por saco de 50 quilogramas de arroz em casca, produzido no estado do Rio Grande do Sul⁷.

3. Enquadramento adequado da espécie tributária no âmbito das taxas?

A partir do delineamento das características gerais da taxa de cooperação e defesa da orizicultura, a concepção que se desenvolve é a de que se trata de tributo cuja finalidade é o desenvolvimento de dado setor agrícola em região específica do território brasileiro, isto é, o estado do Rio Grande do Sul.

Em verdade, a instituição e cobrança de tal espécie tributária não atende de imediato a interesses públicos, pelo contrário, se vincula àqueles titularizados por certo grupo, inserido na atividade da rizicultura, já que promove “o desenvolvimento sustentável da cadeia do arroz no Estado do Rio Grande do Sul” (§2º do artigo 20 da Lei: nº 533/48), o que somente por via reflexa beneficia os consumidores, coletividade em geral.

Partindo do pressuposto que a taxa, espécie tributária na qual foi enquadrada a presente exação, é afeta à efetivação de interesses da coletividade, seja na sua modalidade exercício do poder de polícia, quanto na prestação dos mencionados serviços públicos, conclusão semelhante não se concebe quando da análise da TCDO.

⁷ A Lei nº 11.561 de 27 de Dezembro de 2000, em alteração à Lei nº 8.109/85, estabelece em seu artigo 5º que o valor da TCDO é equivalente a 3,292% do valor da Unidade Padrão Fiscal do estado do Rio Grande do Sul – UPF-RS – vigente no mês do respectivo pagamento, por saco de 50 quilogramas de arroz em casca, produzido no estado. Para o exercício de 2013 foi fixada a soma de R\$ 13,7420 por UPF-RS, através da Instrução Normativa RE nº 97/2012, editada pela Receita estadual do estado do Rio Grande do Sul:

<http://www.legislacao.sefaz.rs.gov.br/Site/Document.aspx?inpKey=213632&inpCodDispositive=&inpDsKeywords>

Questiona-se então, a adequação do seu enquadramento jurídico no âmbito das taxas, tendo em vista somente o argumento do interesse público, eis que o referido tributo é destinado à satisfação de interesses setoriais, particulares, atrelados à figura do Instituto Rio Grandense do Arroz, entidade pública de caráter regional.

Em cotejo com institutos jurídicos de países diversos, o tributo estudado coincide em muito com o “*checkoff assessment*” inserido no Direito norte-americano⁸.

Trata-se de *contribuições* destinadas a programas federais, vinculados à Secretaria da Agricultura do governo dos Estados Unidos, cuja finalidade precípua é o estímulo do consumo do gênero agrícola em questão (as “*comodities*”), manifestado principalmente por meio de propagandas de caráter geral, destinadas ao respectivo setor de consumidores. Tais quantias, atreladas a fundos e geridos por comissões específicas – “*commodity boards*” – de igual modo financiam projetos de pesquisa e aprimoramento, a fiscalização da produção agrícola, bem como a padronização dos métodos de acondicionamento dos produtos.

A partir de tal perspectiva do Direito estrangeiro, que corrobora com a assertiva acerca da inadequação em qualificar a TCDO como taxa, há de se encontrar figura jurídica na qual esta se enquadre devidamente.

Tendo em vista que a referida espécie tributária atende a interesses de um setor econômico, o dos produtores de arroz em geral (incluindo-se aí os importadores, exportadores, beneficiadores e todos os demais que participam do seu processo produtivo), atrelados a um instituto de caráter público, antigo sindicato,

⁸ A grande diferença entre ambos os institutos reside na possibilidade conferida aos produtores norte-americanos de votarem via referendo pela continuação, suspensão ou término do programa, ao qual a contribuição está atrelada, a cada três anos, conforme autoriza a legislação específica, “*The Commodity Promotion Act*”.

Para mais informações acerca dos “*checkoff assessments*” consultar o trabalho de MICHAEL SABET, «Understanding the Federal Commodity Checkoff Program», p. 5, disponível em <http://law.psu.edu/file/aglaw/FederalCommodityCheckoffProgramMichaelSabet.pdf>

conclui-se que suas características mais se aproximam daquelas traçadas para as contribuições de interesse das categorias econômicas, descritas no artigo 149 da Constituição Federal brasileira.

Entretanto, é de extrema relevância enfatizar que, destarte a aludida assertiva, a taxa em estudo se insere no âmbito de competência do estado do Rio Grande do Sul, conforme se observa do diploma instituidor do tributo, que é lei estadual, a Lei: nº 533/48⁹.

Em contrapartida, a instituição de contribuições de interesse das categorias profissionais ou econômicas¹⁰ se restringe ao âmbito de competência da União, conforme previsto no já citado artigo 149 da Constituição brasileira¹¹.

Tal discrepância entre a espécie estudada e o enquadramento tributário que consideramos ser o mais adequado, se deve eventualmente ao contexto histórico no qual foi instituída. O respectivo diploma data de 1948, época na qual vigorava a Constituição de 1967, que somente considerava três espécies tributárias, os impostos, as taxas e as contribuições de melhoria¹². Nesse sentido se optou em qualificar a TCDO como uma taxa.

⁹ Em verdade o texto constitucional brasileiro, em seu artigo 145, inciso II, atribui competência tributária na instituição de taxas tanto à União, bem como aos Estados, Distrito Federal e Municípios.

¹⁰ Também chamadas de contribuições corporativas, Sacha Calmon NAVARRO COELHO divide-as em contribuições do interesse de categorias profissionais e contribuições do interesse de categorias econômicas (sendo esta última à qual relacionamos com a Taxa de Cooperação e Defesa da Orizicultura), na obra *Curso de Direito Tributário Brasileiro*, 3.ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1999, p.155.

¹¹ “Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo. (...)”

¹² Somente com o advento da Emenda Constitucional nº 01/69, as contribuições passaram a ser consideradas tributos. Todavia, em razão de emendas posteriores, a jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros se dava em sentido contrário, vindo a confirmar a natureza tributária de tais contribuições apenas na vigência da Constituição brasileira de 1988. Nesse sentido é a observação de Leandro PAULSEN, *Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*, 14.ª edição, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2012, pp. 102 e 103.

Todavia, reiteramos, dado ao perfil traçado para a aludida exação, afeta à finalidade (tal como qualquer contribuição inserta no artigo 149 da Constituição) de atender aos interesses do grupo ao qual se vincula, isto é, ao estímulo da atividade da orizicultura, de um modo geral, a qualificação jurídica mais adequada seria a de contribuição de interesse das categorias econômicas, apesar da justificativa dos tribunais superiores quanto ao exercício do poder de polícia e ao serviço público prestado ou posto a disposição pelo IRGA¹³.

No mesmo sentido é o posicionamento de Sacha Calmon Navarro Coelho¹⁴, que afirma existir um poder de polícia difuso em tais contribuições, que juntamente com a representatividade permitem a inserção de tais entidades (institutos, sindicatos) no aparato estatal, qualificando-as genericamente como públicas.

Ainda, o autor estabelece outra diferença entre as duas figuras tributárias, ao destacar que as contribuições não apresentam o caráter sinalagmático imediato das taxas.

Desse modo, o poder de polícia difuso consubstanciado na fiscalização e emissão de certificados por parte do instituto quanto ao nível de qualidade da produção de arroz (inciso X do artigo 4º da Lei: nº 533/48), bem como demais benefícios auferidos pelos sujeitos inseridos no dado setor, em caráter indiscriminado, tal como a concessão de garantias para prejuízos decorrentes de queda de granizo (inciso XI do artigo 4º do referido diploma), autorizam a atribuição da condição de contribuição de interesse das categorias econômicas à taxa de cooperação e defesa da orizicultura.

¹³ A jurisprudência dos tribunais superiores citada em notas anteriores, se manifesta no sentido da constitucionalidade e legalidade da instituição da TCDO como taxa, nas suas duas modalidades, poder de polícia e serviço público.

¹⁴ *Ob. cit.*, p. 155.

(Página deixada propositadamente em branco)

Taxa de Resíduos Sólidos de Serviços de Saúde

Fabiana Teixeira Rodrigues

1. Introdução

A Constituição Federal Brasileira de 1988, em seu artigo 145, inciso II¹, confere aos municípios a competência para instituir taxas, em razão do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição.

Assim, com a finalidade de melhor organização e financiamento do Sistema de Limpeza Urbana, o Município de São Paulo, por meio da Lei 13.478 de 30 de dezembro de 2002, criou um fundo municipal de limpeza urbana. E, para prover os recursos do

¹ CFB/1988: “Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: (...)”

* II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;”

aludido fundo, instituiu a Taxa de Resíduos Sólidos de Serviços de Saúde – TRSS – e a Taxa de Resíduos Sólidos Domiciliares – TRSD -; a primeira, destinada a custear os serviços de coleta, transporte, tratamento e destinação final de resíduos sólidos de serviços de saúde, no Município de São Paulo²; a segunda taxa, destinada a custear os serviços divisíveis de coleta, transporte e destinação final de resíduos sólidos domiciliares, também no Município de São Paulo³. Em ambos os casos com base na fruição obrigatória dos serviços prestados ou colocados à disposição dos contribuintes, em regime público, nos limites territoriais do município de São Paulo.

Contudo, após a análise realizada na legislação em questão, por equipe especializada, verificou-se que, sob dois aspectos, ambas as taxas configurariam uma situação de bitributação, ensejando, pois, por iniciativa da própria municipalidade, alterações legislativas e até mesmo a extinção da Taxa de Resíduos Sólidos Domiciliares – TRSD.

Referida análise revelou que outro tributo municipal, o Imposto Predial Territorial Urbano – IPTU -, também abarca o custeio de serviço de limpeza urbana. E mais, revelou, ainda, tal estudo, que ambas as taxas recaíam sobre a geração dos resíduos sólidos residenciais (como lixo de banheiro e alimentos). Tal resultado, ensejou a extinção da Resíduos Sólidos Domiciliares – TRSD -, em 29 de dezembro de 2005, por meio da Lei Municipal Paulistana ° 14.125.

² Lei Municipal Paulistana nº 13.478/20002: “Art.93. Fica instituída a Taxa de Resíduos Sólidos de Serviços de Saúde - TRSS destinada a custear os serviços divisíveis de coleta, transporte, tratamento e destinação final de resíduos sólidos de serviços de saúde, de fruição obrigatória, prestados em regime público nos limites territoriais do Município de São Paulo.”

³ Lei Municipal Paulistana nº 13.478/20002: “Art. 83. Fica instituída a Taxa de Resíduos Sólidos Domiciliares - TRSD, destinada a custear os serviços divisíveis de coleta, transporte, tratamento e destinação final de resíduos sólidos domiciliares, de fruição obrigatória, prestados em regime público, nos limites territoriais do Município de São Paulo.”

2. Perfil Tributário

2.1. Fato Gerador

Após as alterações legislativas necessárias para a melhor definição, pode-se afirmar que o fato gerador da Taxa de Resíduos Sólidos de Serviços de Saúde – TRSS –, é a potencial utilização dos serviços divisíveis de coleta, transporte, tratamento e destinação final de resíduos sólidos de serviços de saúde, de fruição obrigatória, prestados em regime público nos limites territoriais do Município de São Paulo.

A definição de resíduo sólido de serviço de saúde, é dada pelo Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA⁴ –, por meio da Resolução Conama nº 358⁵, de 29 de abril de 2005, em

⁴ O Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA é o órgão consultivo e deliberativo do Sistema Nacional do Meio Ambiente-SISNAMA, foi instituído pela [Lei 6.938/81](#), que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, regulamentada pelo [Decreto 99.274/90](#).

O CONAMA é composto por [Plenário](#), [CIPAM](#), [Grupos Assesores](#), [Câmaras Técnicas](#) e [Grupos de Trabalho](#). O Conselho é presidido pelo Ministro do Meio Ambiente e sua Secretaria Executiva é exercida pelo Secretário-Executivo do MMA. <http://www.mma.gov.br/port/conama/index.cfm>

⁵ Resolução Conama nº 358: “Art. 1º - Esta Resolução aplica-se a todos os serviços relacionados com o atendimento à saúde humana ou animal, inclusive os serviços de assistência domiciliar e de trabalhos de campo; laboratórios analíticos de produtos para saúde; necrotérios, funerárias e serviços onde se realizem atividades de embalsamamento (tanatopraxia e somatoconservação); serviços de medicina legal; drogarias e farmácias inclusive as de manipulação; estabelecimentos de ensino e pesquisa na área de saúde; centros de controle de zoonoses; distribuidores de produtos farmacêuticos; importadores, distribuidores e produtores de materiais e controles para diagnóstico in vitro; unidades móveis de atendimento à saúde; serviços de acupuntura; serviços de tatuagem, entre outros similares.

“Art. 2º - Para os efeitos desta Resolução considera-se: (...)

X - resíduos de serviços de saúde: são todos aqueles resultantes de atividades exercidas nos serviços definidos no art. 1º desta Resolução que, por suas características, necessitam de processos diferenciados em seu manejo, exigindo ou não tratamento prévio à sua disposição final; (...)

XIII - disposição final de resíduos de serviços de saúde: é a prática de dispor os resíduos sólidos no solo previamente preparado para recebê-los, de acordo com critérios técnico-construtivos e operacionais adequados, em consonância com as exigências

seu artigo 2º, incisos X e XIII c.c. artigo 1º, como sendo todo produto resultante de atividade médico-assistencial e de pesquisa na área de saúde, voltadas à população humana e animal, composto por materiais biológicos, químicos e perfurocortantes, contaminados por agentes patogênicos, de modo a representar risco potencial à saúde e ao meio ambiente; e, os animais mortos provenientes de estabelecimentos geradores de resíduos sólidos de serviço de saúde.

2.2. Sujeito Ativo

A taxa em comento é devida ao Município de São Paulo, situado no Estado de São Paulo, cuja competência de instituição e cobrança do referido tributo, é dada pela Constituição Federal do Brasil de 1988, conforme já referido.

2.3. Sujeito passivo

O sujeito passivo é o gerador de resíduos sólidos de saúde⁶, entendido como o proprietário, possuidor ou titular de estabelecimento gerador de resíduos sólidos de serviços de saúde no Município de São Paulo. Compreendidos entre eles, necessariamente os hospitais, farmácias, clínicas médicas, odontológicas e veterinárias, centros de saúde, laboratórios, ambulatorios, centros de zoonoses, prontos-socorros, casas de saúde e assemelhados.

dos órgãos ambientais competentes;”

⁶ Resolução Conama nº 358: “Art. 1º - Esta Resolução aplica-se a todos os serviços relacionados com o atendimento à saúde humana ou animal, inclusive os serviços de assistência domiciliar e de trabalhos de campo; laboratórios analíticos de produtos para saúde; necrotérios, funerárias e serviços onde se realizem atividades de embalsamamento (tanatopraxia e somatoconservação); serviços de medicina legal; drogarias e farmácias inclusive as de manipulação; estabelecimentos de ensino e pesquisa na área de saúde; centros de controle de zoonoses; distribuidores de produtos farmacêuticos; importadores, distribuidores e produtores de materiais e controles para diagnóstico in vitro; unidades móveis de atendimento à saúde; serviços de acupuntura; serviços de tatuagem, entre outros similares.

2.4. Quantificação: Base de Cálculo e Alíquota

Como base de cálculo para a taxa em comento, fixou-se como sendo a equivalência do custo da prestação dos serviços, a ser rateada entre os contribuintes, na proporção da quantidade de geração potencial de resíduos sólidos dos serviços de saúde gerados, transportados, tratados e objeto de destinação final.

E, conforme a própria legislação que regulamenta a taxa em análise, cada Estabelecimento Gerador de Resíduos Sólidos de Serviços de Saúde - EGRS -, recebe uma classificação específica, conforme o porte do estabelecimento gerador e a quantidade de geração potencial de resíduos sólidos, de acordo com as seguintes faixas, contidas na legislação regulamentar, não estabelecendo uma alíquota percentual, mas sim uma tabela fixa:

Pequenos Geradores de Resíduos Sólidos de Serviços de Saúde

GRS especial	Estabelecimentos com quantidade de geração potencial de até 20 quilogramas de resíduos por dia
--------------	--

Grandes Geradores de Resíduos Sólidos de Serviços de Saúde

GRS 1	Estabelecimentos com quantidade de geração potencial de mais de 20 e até 50 quilogramas de resíduos por dia
GRS 2	Estabelecimentos com quantidade de geração potencial de mais de 50 e até 160 quilogramas de resíduos por dia
GRS 3	Estabelecimentos com quantidade de geração potencial de mais de 160 e até 300 quilogramas de resíduos por dia
GRS 4	Estabelecimentos com quantidade de geração potencial de mais de 300 e até 650 quilogramas de resíduos por dia
GRS 5	Estabelecimentos com quantidade de geração potencial de mais de 650 quilogramas de resíduos por dia

Para cada faixa de EGRS prevista na lei corresponderão os seguintes valores da TRSS:

Pequenos Geradores de Resíduos Sólidos de Serviços de Saúde	Valor por mês
EGRS especial	R\$ 59,11
Grandes Geradores de Resíduos Sólidos de Serviços de Saúde	Valor por mês
EGRS 1	R\$ 1.881,85
EGRS 2	R\$ 6.021,90
EGRS 3	R\$ 11.291,05
EGRS 4	R\$ 24.463,96
EGRS 5	R\$ 30.109,48

Para a realização do pagamento da TRSS é utilizado o número de inscrição no CCM - Cadastro de Contribuintes Mobiliários - do estabelecimento gerador de resíduos de saúde.

Os valores da TRSS são devidos trimestralmente pelos contribuintes nos seguintes vencimentos:

<u>Meses de ocorrência do fato gerador da TRSS (incidência)</u>	<u>Data de vencimento</u>
janeiro, fevereiro e março	10 de abril
abril, maio e junho	10 de julho
julho, agosto e setembro	10 de outubro
outubro, novembro e dezembro	10 de janeiro

Pode a Secretaria Municipal de Finanças enviar pelo correio os documentos de arrecadação, ou o contribuinte poderá emití-lo no site da prefeitura, informando o CCM, a incidência e o código de tributação relativo à sua EGRS, ou senha própria, fornecida quando do cadastramento do contribuinte.

Na hipótese de o contribuinte não declarar e não pagar a taxa no prazo fixado, esta poderá ser lançada de ofício com as multas previstas em lei.

Fica o contribuinte da TRSS obrigado, na forma que dispuser o regulamento:

I - a efetuar a escrituração diária da quantidade, em quilos, de resíduos sólidos de serviços de saúde gerados e apresentados à coleta;

II - a apresentar a referida escrituração à fiscalização municipal, quando requerido.

A falta da escrituração ou, ainda, de sua apresentação no prazo regulamentar à autoridade fiscal, sujeitará o contribuinte à multa de 30% do valor devido no período não escriturado.

Tem-se no caso em comento, claro exemplo de serviço de alto custo, por se tratar de resíduos sólidos de serviços de saúde, devendo ter coleta, tratamento e destinação específicos e qualificados.

3. Enquadramento adequado da espécie tributária no âmbito das taxas?

Dada a natureza do tributo em alusão, seu fato gerador e até mesmo seu sujeito ativo, o enquadramento como taxa, conforme a definição trazida pelo artigo 78⁷ c.c. artigo 77⁸, ambos do Código

⁷Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. (*Redação dada pelo Ato Complementar nº 31, de 28.12.1966*)

Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.

⁸ Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

Tributário Nacional Brasileiro – CTNB, é devidamente adequado e pertinente.

O argumento da municipalidade paulistana no sentido de que o recolhimento do lixo, ao ensejar maior garantia e proteção à saúde pública, deveria gerar a contraprestação financeira do contribuinte, ao ter seu lixo retirado da sua residência ou estabelecimento, merece atenção.

Isto porque, como afirmado, constitui requisito essencial para a exigência de toda e qualquer taxa, a certeza de que esta se refira a serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ou postos à disposição, ou o exercício do poder de polícia, o que sem dúvida alguma, é o caso da “taxa de lixo”.

Ao caso em apreço, pode-se utilizar a mesma premissa utilizada para a implementação da taxa de água e esgoto por exemplo.

O serviço de coleta, transporte, tratamento e destinação final de resíduos sólidos de serviços de saúde, de fruição obrigatória, trata-se portanto, de serviço específico e divisível, de utilização distinta por uma comunidade específica.

Numa outra perspectiva, deve-se entender que o cálculo da taxa de lixo, com base no custo do serviço dividido proporcionalmente pelo volume de lixo gerado por cada sujeito passivo especificado, é forma de realização da isonomia tributária, que resulta na justiça tributária, conforme dispõe o artigo 150, inciso II da Constituição Federal Brasileira de 1988.

A presunção é razoável e realiza, também, o princípio da capacidade contributiva, contida no artigo 145, parágrafo 1º, da Constituição Federal Brasileira de 1988.

A fim de que não parem dúvidas, há de se reconhecer, especialmente considerando o quanto dispõe a Súmula Vinculante

Parágrafo único. A taxa não pode ter base de cálculo ou fato gerador idênticos aos que correspondam a imposto nem ser calculada em função do capital das empresas. ([Vide Ato Complementar nº 34, de 30.1.1967](#))

nº 19º do STF, que não há qualquer ilegalidade no ato praticado por um Município, ao instituir a cobrança de taxa visando exclusivamente o custeio da prestação dos serviços públicos de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos provenientes de imóveis, competência que lhe foi atribuída no *caput* do artigo 145 da Constituição Federal Brasileira de 1988.

Importa salientar que a partir do delineamento das características gerais da taxa de resíduos sólidos de serviços de saúde, a concepção que se desenvolve é a de que se trata de tributo cuja finalidade é a preservação da saúde pública, por meio da adequada coleta, tratamento e destinação final dos resíduos sólidos de serviços de saúde.

Logo, o enquadramento jurídico do tributo em referência como taxa, é correto e inquestionável, visto a fruição obrigatória dos serviços prestados ou colocados à disposição dos contribuintes, em regime público, nos limites territoriais do município de São Paulo, disse nunca houve discordância, sendo unânime seu enquadramento.

9 Súmula Vinculante nº 19, STF: “A taxa cobrada exclusivamente em razão dos serviços públicos de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos provenientes de imóveis, não viola o artigo 145, II, da Constituição Federal Brasileira de 1988.” (www.stf.jus.br)

(Página deixada propositadamente em branco)

Taxa de Extinção de Incêndio – Estado de Minas Gerais

Nina Gabriela Borges Costa

1. Introdução

A taxa consiste em um tributo vinculado à atividade estatal, somente podendo ser cobrada em função de um serviço público ou para financiar o aparato de fiscalização do poder público. Em decorrência disso, a taxa é considerada finalística, já que possui um fim específico.

Nesse sentido, posiciona-se Amaro¹, ao dizer que as taxas consistem em tributos, cujo fato gerador é configurado, seja por um poder de polícia, ou pela utilização efetiva ou potencial, de um serviço público, específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto a sua disposição, conforme estabelece o artigo 145, II, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

¹ Luciano AMARO. *Direito Tributário Brasileiro*. 13ª ed. Rev. São Paulo: Saraiva. 2007. Pag. 31.

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: (...)

II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;²

No mesmo sentido, estabelece o Código Tributário Nacional ao dispor que as taxas podem ser instituídas, seja em razão do exercício do poder de polícia, seja em razão da prestação de serviços públicos:

Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição³.

No que se refere ao poder de polícia há de se considerar o que dispõem o artigo 78 do Código Tributário Nacional Brasileiro:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos⁴.

² BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: Senado, 1988.

³ BRASIL. Código Tributário Nacional (1966). Código Tributário Nacional: Senado, 1966.

⁴ BRASIL. Código Tributário Nacional (1966). Código Tributário Nacional: Senado, 1966.

No que tange os serviços públicos prestados, estes devem ser específicos e divisíveis, o que significa que devem ser passíveis de utilização em separado por parte do contribuinte, conforme estabelece o artigo 79 do Código Tributário Nacional:

Art. 79. Os serviços públicos a que se refere o artigo 77 consideram-se:

I - utilizados pelo contribuinte:

a) efetivamente, quando por ele usufruídos a qualquer título;

b) potencialmente, quando, sendo de utilização compulsória, sejam postos à sua disposição mediante atividade administrativa em efetivo funcionamento;

II - específicos, quando possam ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de unidade, ou de necessidades públicas;

III - divisíveis, quando suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um dos seus usuários⁵.

De acordo Spagnol⁶, as taxas são tributos destinados a permitir que o poder público possa se remunerar pela prestação direta de serviços ao contribuinte ou pela fiscalização de atividades desenvolvidas por estes mesmos contribuintes. Com isso, tem-se que os limites para imposição e arrecadação deste tributo já nasceu pré-definido, uma vez que o fato gerador do tributo veio condicionado pelo poder público. Deste modo, tudo o que exceder os custos da atividade estatal será ilegítimo, pois implicará mudança de um tributo finalístico em um tributo fiscal.

O custo do serviço prestado ou a fiscalização realizada é, em um só tempo, condição de exação e limite para sua quantificação. Assim, a base de cálculo deve sempre espelhar os custos com a prestação do serviço ou com a atividade de fiscalização, sendo, portanto, desnecessária a ressalva no sentido de que as taxas não

⁵ BRASIL. Código Tributário Nacional (1966). Código Tributário Nacional: Senado, 1966.

⁶ Werther Botelho SPAGNOL, Curso de Direito Tributário. Belo Horizonte: Del Rey 2004.

poderão ter a base de cálculo própria dos impostos, ou seja, quando se fala de taxas, apenas o custo do serviço deve ser parâmetro para orientar a base de cálculo.

2. Taxa de Incêncio

A Lei Estadual 14.938/03, a qual alterou a Lei Estadual 6.763/75, instituiu no Estado de Minas Gerais uma nova hipótese tributária denominada taxa de incêndio, justamente por legitimar ao Estado a cobrança pela utilização potencial do serviço de extinção de incêndio.

Tal taxa é cobrada anualmente desde 2004⁷, e foi criada no intuito de financiar a aquisição e manutenção dos equipamentos necessários para o uso dos bombeiros, pois, segundo o Governo de Minas Gerais, as contas públicas estão desequilibradas se fazendo, por tanto, necessária a cobrança deste tributo nos Municípios em que existir Unidade Operacional de Execução do Corpo de Bombeiros Militar de Minas Gerias. Assim, a Lei estabelece que, do valor arrecadado, 50% deste, deverá ser repassado ao município em que tal taxa for cobrada.

Segundo o Governo de Minas Gerais, o principal objetivo da cobrança de tal tributo consiste em manter a disposição dos cidadãos uma corporação bem estruturada, treinada e dotada de equipamentos adequados às suas atividades⁸.

⁷ A taxa é cobrada anualmente dos imóveis urbanos utilizados para atividades de comércio, indústria e prestação de serviços nos municípios com unidades do Corpo de Bombeiros ou regiões metropolitanas. Disponível em: http://www.fazenda.mg.gov.br/noticias/taxa_de_incendio_de_2012_vence_13_de_julho.html, acesso em 31 de janeiro de 2013.

⁸ Informação extraída do Site da Fazenda Pública de Minas Gerais, disponível em: http://www.fazenda.mg.gov.br/noticias/taxa_de_incendio_de_2012_vence_13_de_julho.html, acesso em 31 de janeiro de 2013.

2.1. Perfil Tributário:

2.1.1 Fato Gerador:

De acordo com artigo 113, IV da Lei Estadual Mineira 14.938/2003, o fato gerador da referida taxa incide sobre a utilização potencial dos serviços de extinção de incêndios.

2.1.2 Sujeito Ativo:

O sujeito ativo da obrigação tributária referente à taxa de incêndio é o Estado de Minas Gerais, o qual reverte 50% da arrecadação para o Município em que foi cobrado o referido tributo.

2.1.3 Sujeito Passivo:

O contribuinte da Taxa é a pessoa física ou jurídica que promova atividade prevista nas Tabelas B, D e M anexas a Lei, ou dela se beneficie, conforme estabelece o artigo 116 da Lei 14.938/03.

2.1.4 Base de Cálculo:

Os valores referentes à taxa de incêndio têm por base de cálculo os valores expressos em UFEMG constantes nas Tabelas B, D e M anexas a esta Lei, os quais irão se modificar de acordo com o grau de risco de incêndio na edificação, em razão da forma de ocupação e da área construída, conforme estabelece o artigo 115 da Lei 14.938/2003.

2.2. Discussão Jurisprudencial.

Após a instituição da taxa de incêndio, pelo Estado de Minas Gerias, houveram várias ações requerendo a extinção da cobrança de tal tributo, sob alegações de que os serviços enumerados na Lei Estadual n.º 14.938/2003 não têm a natureza de especificidade e divisibilidade, o que são imprescindíveis às taxas.

Para quem defende este entendimento, não é possível individualizar e quantificar a prestação a cada contribuinte, sendo que a atividade prestada não beneficia apenas um grupo específico, visto constituir um serviço público geral e indivisível colocado à disposição de todo e qualquer cidadão.

Há entendimento, ainda, no sentido de que sendo um serviço vinculado à segurança pública, é fácil visualizar que não se fazem presentes os requisitos da especificidade e divisibilidade, por se tratar de atividade *uti universi*, que não é passível de individualização e quantificação a cada contribuinte em separado.

Outra alegação contrária à cobrança da taxa de incêndio versa sobre o fato de a base de cálculo da referida taxa ser a mesma base de cálculo utilizada para a cobrança do Imposto Predial e Territorial Urbano - IPTU, afrontando, assim, o estabelecido no artigo 145, parágrafo 2º da Constituição da República Federativa do Brasil.

Nesse sentido estabelece Eduardo Sabbag⁹, ao dispor que a Taxa de Segurança contra incêndio tem sido considerada inconstitucional por apresentar a mesma base de cálculo do IPTU, ou seja, sua base de cálculo é constituída a partir de um percentual de valor da área construída do bem imóvel.

O entendimento jurisprudencial, entretanto, tem sido diferente do supracitado. Segundo a jurisprudência dominante¹⁰, a Taxa de Incêndio tem por hipótese de incidência a utilização potencial do serviço de extinção de incêndios, estando, em tese, sob o amparo do artigo 145, II, da Constituição da República Federativa do Brasil, segundo o qual a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição¹¹.

⁹ Eduardo de Moraes SABBAG. *Manual de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva- 4ª Ed. 2012. p.395.

¹⁰ Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

¹¹ Processo: (1.0024.04.334564-4/001 (1). Rel. Silas Vieira. Pub.

No que tange a alegação de que a taxa de incêndio possui a mesma base de cálculo do IPTU, tal argumento não pode prevalecer tendo em vista não haver identidade de base de cálculo entre a Taxa de Incêndio e o Imposto Predial e Territorial Urbano - IPTU, haja vista que a base de cálculo da Taxa de Incêndio não se resume apenas à área do imóvel, pois, de acordo com o artigo 115, § 2º, da Lei Estadual nº 14.938/03, o valor do tributo é declarado pelo Coeficiente de Risco de Incêndio, obtido este pelo produto da Carga de Incêndio específica, área do imóvel e Fator de Graduação de Risco. Assim, embora haja coincidência de um elemento, não há que se falar em confronto ao artigo 145, §2º, da Constituição da República Federativa do Brasil.

As decisões neste sentido não param por aí. Para a Jurisprudência¹², o serviço de prevenção e extinção de incêndios, não

07/06/2006). Disponível em:

<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5881662/100240433456440011-mg-1002404334564-4-001-1-tjmg/inteiro-teor>

12 TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TAXA DE INCÊNDIO. EXTENSÃO POR ANALOGIA PARA COMERCIANTES VAREJISTAS DE DERIVADOS DE PETRÓLEO. AFASTAMENTO POR MEIO INTERPRETAÇÃO DE LEI ESTADUAL, RESOLUÇÃO ESTADUAL E INSTRUÇÃO NORMATIVA DA ABNT. REVISÃO DO ENTENDIMENTO. INVIABILIDADE DO RECURSO ESPECIAL. BASE DE CÁLCULO DA EXAÇÃO. FIXAÇÃO DOS CRITÉRIOS POR NORMA INFRALEGAL. VIOLAÇÃO DO ART. 97 DO CTN. TESE NÃO DEBATIDA NO TRIBUNAL DE ORIGEM. APLICAÇÃO DA SÚMULA 282/STF, POR ANALOGIA. AGRAVO CONHECIDO PARA NEGAR SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. 1. O recurso especial é inviável revisar entendimento de acórdão recorrido firmado em interpretação de resolução ou ato normativo local. 2. No caso, houve o afastamento do emprego da analogia com base em interpretação de resolução e ato normativo estadual. 3. Tese recursal de desrespeito ao princípio da legalidade tributária (art. 97, do CTN) não enfrentada pelo acórdão de origem, pelo que incide a Súmula 211 do STJ. 4. Agravo regimental não provido.

É legítima a cobrança da taxa de incêndio instituída pela Lei 6.763/1975 do Estado de Minas Gerais, com redação dada pela Lei Estadual 14.938/2003, visto que, nos termos da jurisprudência reiterada do STJ, preenche os requisitos da divisibilidade e da especificidade e, além disso, sua base de cálculo não guarda semelhança com base de cálculo de qualquer outro imposto (STJ, AgRg no AgRg no AREsp 176044 / MG AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO

se confunde com segurança pública por permitir a identificação dos beneficiários.

A taxa de incêndio é, sem sombra de dúvidas, um serviço público e divisível, pois a atuação dos Bombeiros se dirigirá a estabelecimentos ou pessoas determinadas, visto que advindo incêndio em um determinado estabelecimento, tornará perfeitamente possível identificar os cidadãos favorecidos pela ação do Corpo de Bombeiros.

Desta forma, comungo do entendimento da Jurisprudência majoritária, uma vez que a taxa de incêndio nada mais é do que uma contraprestação pelo serviço efetivo e potencial posto a disposição de quem dele necessite, individualmente.

É importante destacar, também, que tendo em vista que a taxa é um tributo vinculado à atividade estatal, e que somente pode ser cobrada para financiar um fim específico, este se encontra completamente de acordo, uma vez que conforme dados extraídos da Fazenda Estadual¹³, nos últimos sete anos, o Corpo

REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2012/0096875-4. T1primeira turma. Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES. Pub. 26/10/2012)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TAXA DE UTILIZAÇÃO POTENCIAL DO SERVIÇO DE EXTINÇÃO DE INCÊNDIO. LEI N. 6.763/75. 1. É legítima a taxa de segurança pública instituída pela Lei mineira n. 6.763/75, com a redação que lhe foi conferida pela Lei n. 14.938/03, devida pela utilização potencial do serviço de extinção de incêndio. Precedente. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF. RE 473611 AgR/MG – MINAS GERAIS. Rel. Eros Grau. Pub. 19/06/2007)

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. TAXA DE INCÊNDIO. CONSTITUCIONALIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - É legítima a cobrança da Taxa cobrada em razão da prevenção de incêndios, porquanto instituída como contraprestação a serviço essencial, específico e divisível. Precedentes. II - Agravo regimental improvido. (STF. AI 677891 AgR / MG - MINAS GERAIS, Rel. Min. Primeira Turma. Ricardo Lewandowski. Pub. 17/03/2009)

13 De acordo com a base de dados da Receita Estadual do Estado de Minas Gerias, são 80 municípios, aos quais incidiu a cobrança da taxa de incêndio no ano de 2012. disponível em: http://www.fazenda.mg.gov.br/noticias/taxa_de_incendio_de_2012_vence_13_de_julho.html, acesso em 31 de janeiro de 2013

de Bombeiros apresentou uma expansão de 58%, passando de 33 para 53 cidades dotadas de unidades da Corporação. Sua estrutura atual de atendimento inclui 10 Batalhões e 59 unidades subordinadas, além de 1 Batalhão de Operações Aéreas. Este crescimento e modernização, segundo a Receita Estadual de Minas Gerais, refletem-se também na estrutura de sua frota que, de 2003 a 2011, apresentou um crescimento significativo, a maior parte dela adquirida, exclusivamente, por meio da Taxa de Incêndio, cujos recursos são destinados ao reaparelhamento e estruturação da Corporação.

Desta forma, sendo absurdo ou não a oneração estatal a partir da instituição de mais um tributo, não há que se falar em afronta ao artigo 145, II da Constituição da República Federativa do Brasil, e, nem tampouco, ao artigo 77 e seguintes do Código Tributário Nacional, sendo completamente legítima tal cobrança por preencher todos os requisitos para a configuração do tributo denominado taxa.

Bibliografia

AMARO, Luciano. Direito Tributário Brasileiro. 13ª ed. Rev. São Paulo: Saraiva. 2007.

BRASIL. Código Tributário Nacional (1966). Código Tributário Nacional: Senado, 1966.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: Senado, 1988.

CHAGAS, Marco Aurélio Bicalho de Abreu. Por que não pagar a “taxa” de incêndio? Jus Navegandi. Abril, 2004. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/5245/por-que-nao-pagar-a-taxa-de-incendio>. acesso em 26 de maio de 2013.

FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Disponível em: http://www.fazenda.mg.gov.br/noticias/taxa_de_incendio_de_2012_vence_13_de_julho.html, acesso em 31 de janeiro de 2013.

MINAS GERAIS. Lei 14.938 de 29 de dezembro de 2003. Belo Horizonte: Palácio da Liberdade, 2003.

MINAS GERAIS. STF. AgRg Reg no Agravo de Instrumento AI 677891/MG. T1 Primeira Turma. Min. Rel. Ricardo Levandowski. Pub. 17/03/2009.

MINAS GERAIS. STF. AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO RE 473611 AgR / MG. T2. Segunda Turma. Min. Rel. Eros Grau. Pub. 19/06/2007.

MINAS GERAIS. STJ, AgRg no AREsp 245536 / MG AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2012/0221739-0. T2 segunda turma. Pub. 19/12/2012.

MINAS GERAIS. STJ, AgRg no AgRg no AREsp 176044 / MG AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2012/0096875-4. T1primeira turma. Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES. Pub. 26/10/2012.

MINAS GERAIS. TJMG, Processo: 1.0024.04.334564-4/001 (1). Rel. Silas Vieira. Pub. 07/06/2006.

SABBAG, Eduardo de Moraes. Manual de Direito Tributário. São Paulo: Saraiva- 4ª Ed. 2012. 1158 p.

SPAGNOL, Werther Botelho. Curso de Direito Tributário. Belo Horizonte: Del Rey 2004.

Memória

(Questões colocadas no
âmbito do workshop)

(Página deixada propositadamente em branco)

1. É possível que o promotor de um loteamento que pretenda desistir da sua execução (total ou parcial) veja devolvida a taxa pela realização de infraestruturas não executadas?

Não se pode considerar, nas situações em que a inexecução das infraestruturas se fique a dever ao promotor (seja por caducidade, seja por desistência da realização das mesmas) que o mesmo tenha um qualquer direito ou expectativa legítima à devolução das taxas. Na verdade, tirando as situações de *anulação ou declaração de nulidade da licença*, em que o efeito reconstrutivo da sentença obrigará à devolução da quantia paga a título de tributo ou, pelo menos, à adaptação desse valor à situação de indeferimento do pedido, nas demais situações em que não haja qualquer vício do ato praticado, a sua inoperância não pode determinar a devolução de taxas. Mesmo no caso de *revogação da licença* (fundada em motivos de interesse público) tal “*não dá lugar à devolução do valor do tributo, na medida em que o acto é praticado sem qualquer vício, resultando a revogação de uma circunstância posterior, embora tal não invalide a possibilidade de haver lugar à reparação de danos e de o valor do tributo ser contabilizado nessa sede*”¹. Ora, nas circunstâncias vertentes, como o motivo para a não realização das obras sequer é imputável à Administração, não haverá razão para a reparação de danos, muito menos para a devolução de taxas.

Acresce que seria estranho que numa altura em que muitos loteamentos não se vão concretizar por dificuldades económicas dos promotores, se viesse defender que as câmaras terão de devolver esse montante: com efeito, muita vezes as decisões de dimensionamento da infraestruturas gerais (e da sua programação pelo município) é feita em função das operações que vão sendo aprovadas. Assim, ainda que a operações não venham, afinal, a utilizar as infraestruturas, pode acontecer que tenham sido feitos ou programados investimentos municipais a contar com elas.

Fernanda Paula Oliveira | Dulce Lopes

¹ Cf. Suzana TAVARES DA SILVA, *As Taxas e a Coerência do Sistema Tributário*, CEJUR, Braga, 2.^a ed., 2013, p. 71.

2. É possível que privados (promotores e proprietários) dos terrenos abrangidos por um plano de pormenor pretendam executar as obras de infraestruturas e equipamentos?

A realização destas obras não é, em princípio, excluída pelo Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial, que, dependendo do sistema de execução eleito, comete a responsabilidade pela concretização dos planos aos seus destinatários. Em todo o caso, a assunção destes encargos poderá ser assumida até como uma compensação para efeitos de perequação do plano, podendo este encargo ser distribuído por um ou vários interessados, consoante o que for concertado. Acresce que tanto o pagamento de taxas como o das cedências pode ser feito em espécie, por exemplo mediante a entrega de um equipamento concluído.

Se for assumido como um encargo para além dos previstos no Regime Jurídico da Urbanização e Edificação poder-se-ia, num primeiro momento, levantar a questão de se tratar de um encargo desproporcional (117.º), ou de, noutra perspetiva, ser uma obra pública adjudicada sem o procedimento contratualmente devido. Todavia desta forma, entrando em linha de conta com a perequação, parece-nos justificada, em face da equitativa distribuição de benefícios e encargos motivados pelo Plano, a assunção do encargo por privados.

Fernanda Paula Oliveira
Dulce Lopes

3. A Taxa de Protecção Civil é uma verdadeira taxa?

A taxa de protecção civil é uma *contribuição financeira*, uma vez que não se destina a remunerar uma contraprestação individualizada e concreta e sim um conjunto de benefícios genéricos e difusos, que os respectivos sujeitos passivos obtêm em consequência da organização de um corpo de bombeiros profissional, capaz de assegurar um serviço público – continuidade, universalidade e acessibilidade – de qualidade às populações.

Este tipo de tributos obriga a discutir o problema de alargar, *de lege ferenda*, na reforma da lei das finanças locais, o universo das receitas tributárias municipais, também às *contribuições*

financeiras, o que não tem sido discutido entre nós, mas é hoje uma questão política premente.

Suzana Tavares da Silva

4. Podem ser exigidas “taxas” como contraprestação da abertura “oficiosa” de procedimentos na sequência de “actos particulares”?

De acordo com o artigo 54.º do CPA, o procedimento administrativo inicia-se oficiosamente ou a requerimento dos interessados, o que significa que apenas o *requerimento* nos procedimentos particulares há-de ser interpretado como um verdadeiro *acto de iniciativa procedimental*, capaz de desencadear a obrigação de prestação de um serviço administrativo, que há-de culminar numa decisão administrativa, e que, nessa medida, se traduz num benefício individualizado, apto a cumprir a função de facto gerador da taxa. Já os *actos particulares* (ex. queixas, denúncias, etc..) são livremente valorados pelas entidades administrativas quanto à necessidade de abrir, ou não, um procedimento administrativo oficioso e, nessa medida, não apresentam sinalagmaticidade que permita fundamentar a exigibilidade de uma taxa².

Todavia, quer porque o direito administrativo assenta cada vez mais num feixe complexo de relações jurídicas poligonais – o que significa que muitas vezes da mera prossecução da legalidade pelas entidades administrativas resultam vantagens para uns administrados e desvantagens para outros –, quer porque a regulação social é cada vez mais intensa, multiplicam-se as situações em que os “litígios entre privados” conseguem alcançar uma resolução de forma sucedânea, *i. e.*, a partir do mero exercício da função administrativa por parte das entidades competentes.

Vejamos um exemplo. Segundo o art. 2.º/2 do Regulamento

² Sobre a diferença entre *acto procedimental* ou *acto de iniciativa procedimental* e *acto particular*, que constitui um mero facto jurídico, v. Mário ESTEVES DE OLIVEIRA *et alii*, *Código do Procedimento Administrativo*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 1997, pp. 293.

de Classificação, Identificação e Registo dos Carnívoros Domésticos e Licenciamento de Canis e Gatis, aprovado pela Portaria n.º 1427/2001, de 15 de Dezembro, “sempre que sejam respeitadas as condições de salubridade e tranquilidade da vizinhança, podem ser alojados por cada apartamento, tanto nas zonas urbanas como nas rurais, até três cães ou quatro gatos adultos, não podendo no total ser excedido o número de quatro animais”. Isto significa que se um vizinho tiver um litígio com outro por este desrespeitar a norma em referência, o mesmo pode, em vez de intentar uma acção judicial no contexto das relações de vizinhança por violação das regras do direito da propriedade horizontal, limitar-se a apresentar queixa no município e esperar que os respectivos serviços, no âmbito da prossecução do interesse geral, solucionem o litígio em consequência da “reposição da legalidade”. Uma solução que se apresenta muito mais barata, uma vez que, sendo a queixa um acto particular, não estará sequer sujeita ao pagamento de qualquer taxa.

Ora, esta situação, como vimos durante a discussão nos trabalhos do Workshop, acaba por motivar um uso intenso da faculdade de recorrer a estes expedientes (os actos particulares) por parte dos particulares, para daí retirar um benefício especial. É bem certo que, em rigor, não se pode falar aqui de um benefício individualizado, pois a actividade da Administração dirigiu-se, exclusivamente, a garantir o cumprimento da legalidade e não a solucionar o litígio entre os particulares, e, nessa medida, fica inviabilizada qualquer pretensão de criar taxas pela “prestação destes serviços”. Todavia, tal não impede que, pelo menos, o município possa instituir o pagamento de uma “*taxa moderadora*” pela apresentação de actos particulares. Tratar-se-á, neste caso, de um tributo cujo intuito é “*racionalizar*” o uso destes expedientes, de modo a garantir o funcionamento normal dos serviços, neutralizando usos impróprios e abusivos do mesmo (ex. a mera deslocação de agentes municipais em operações de fiscalização cujo intuito seja apenas intimidar ou vexar o vizinho).

5. Considerando o actual panorama económico que se tem traduzido no encerramento de diversas empresas no sector da construção civil e consequente declaração de insolvência das mesmas, como poderão os municípios solucionar os impasses provocados por aquela decisão e inerente paralisação do desempenho das tarefas ligadas ao objecto social prosseguido pelas referidas empresas, nos processos de licenciamento/comunicação prévia ou nas obras em curso já licenciadas ou cuja comunicação prévia tenha sido admitida? Como deverão reagir no âmbito das suas competências e atribuições, junto do tribunal competente ou do administrador de insolvência nomeado, caso exista interesse na conclusão da obra?

Note-se, desde logo, que a declaração de insolvência não determina, *do ponto de vista jurídico*, a cessação da actividade da empresa do devedor – e, assim, a paralisação das obras. Na verdade, cabe à assembleia de credores de apreciação do relatório decidir sobre o encerramento ou continuação de actividade do(s) estabelecimentos compreendidos na massa insolvente (art. 156º, 4, CIRE). O que pode suceder é que, à data da declaração de insolvência, a deteriorada situação económica do devedor haja, *de facto*, determinado uma paralisação dos trabalhos.

Na medida em que o município *tenha o estatuto de credor da insolvência* (arts. CIRE), por ter visto reconhecido o crédito sobre o empresário insolvente (arts. 128º e 129º CIRE), terá assento na assembleia de credores (art. 72º, 1 CIRE) que decidirá (nomeadamente) sobre a aprovação de um plano de insolvência. Esse plano pode prever a continuação, total ou parcial, da actividade do devedor insolvente e, portanto, a conclusão das obras em curso (cfr. arts. 192º, ss. CIRE). Naturalmente que a aprovação de um tal plano exige a maioria dos votos fixada pelo art. 212º CIRE.

Por conseguinte, o município, *sendo credor da insolvência*, poderá, sempre que represente ou se agrupe com outros credores de modo a representar um quinto do total dos créditos não subordinados reconhecidos na sentença de verificação e graduação

(art. 193º,1 CIRE), *apresentar uma proposta de plano de insolvência* que comporte a hipótese de conclusão das obras. Caso não tenha legitimidade para apresentar uma tal proposta, sempre poderá *fazer chegar as suas preocupações* ao administrador da insolvência incumbido de elaborar o plano de insolvência (art. 156º, 3 CIRE).

Não sendo o município credor da insolvência, uma eventual solução para o problema da incompletude dos trabalhos poderá passar por encontrar *um outro empresário disposto a adquirir* seja a empresa do insolvente, seja uma sua parcela (que compreenda a execução das obras em curso), *no contexto da liquidação* da massa insolvente (cfr. art. 162º CIRE).

Carolina Cunha

6. A taxa reduzida de IVA, a que se refere a verba 2.23 da Lista I anexa ao CIVA, aplica-se a todas as empreitadas de reabilitação urbana?

A verba 2.23 da Lista I anexa ao CIVA estipula que é aplicável a taxa reduzida de 6% (taxa estipulada pela Lei n.º 12-A/2010, de 30 de Junho) a empreitadas de reabilitação urbana, tal como definida em diploma específico, realizadas em imóveis ou em espaços públicos localizados em áreas de reabilitação urbana (áreas críticas de recuperação e reconversão urbanística, zonas de intervenção das sociedades de reabilitação urbana e outras) delimitadas nos termos legais, ou no âmbito de operações de requalificação e reabilitação de reconhecido interesse público nacional.

Isto significa, conforme interpretação adoptada pelos serviços da Administração Tributária em procedimento de informação vinculativa, que apenas poderão beneficiar deste regime as empreitadas de reabilitação urbana que se realizem dentro da área territorialmente delimitada pelo município, nos termos do Decreto-Lei nº 307/2009, de 23 de Outubro, como áreas de reabilitação urbana (Cf. informação vinculativa, proc. nº 1478, disponível em <http://info.portaldasfinancas.gov.pt>).

Nesta medida, a “justiça” ou “injustiça” decorrente da possibilidade de cada empreitada em concreto poder beneficiar desta taxa reduzida de IVA é aferida a partir da *proporcionalidade* e da *razoabilidade* das decisões municipais em sede de delimitação da área de reabilitação urbana e não a partir da “igualdade” no tratamento fiscal dos promotores das respectivas operações. O mesmo é dizer que não cabe à Administração Tributária fazer uma avaliação subjectiva da situação, porquanto o legislador não deixa aqui qualquer margem de discricionariade na aplicação da lei tributária, concordando nós com a interpretação normativa adoptada pelos serviços tributários. Os eventuais interessados, que se considerem lesados pela aplicação deste regime jurídico, incluindo por violação da igualdade de tratamento, devem socorrer-se das garantias administrativas e judiciais que a lei lhes concede para impugnar as decisões municipais em matéria de delimitação das áreas de reabilitação urbana.

Suzana Tavares da Silva

(Página deixada propositadamente em branco)

Índice

Nota de apresentação	5
Comunicações	7
Pagar os custos da urbanização e da edificação	9
<i>Fernanda Paula Oliveira</i>	
Pagar os custos dos serviços e da manutenção	41
<i>Suzana Tavares da Silva</i>	
Pagar a conta da Reabilitação Urbana	71
<i>Diogo Duarte Campos</i>	
Desmaterializar sem perder receita	99
<i>Dulce Lopes</i>	
Pagar a conta da cidade em Santiago do Chile	125
<i>Sérgio Alburquenque Lillo</i>	
Contributos dos participantes	173
Pagar a conta da cidade no Brasil: Os “novos” instrumentos fiscais e tributários de desenvolvimento urbano no Brasil	175
<i>João Telmo de Oliveira Filho</i>	
<i>Ana Beatriz Oliveira Reis</i>	
<i>Marcela Martins dos Passos</i>	
Taxa de Cooperação e defesa da Orizicultura	189
<i>Vivian de Castro Morales Leal</i>	
Taxa de Resíduos Sólidos de Serviços de Saúde	197
<i>Fabiana Teixeira Rodrigues</i>	
Taxa de Extinção de Incêndio no Estado de Minas Gerais	207
<i>Nina Gabriela Borges Costa</i>	
Memórias do debate	217
Índice	227

OBRA PUBLICADA
COM A COORDENAÇÃO
CIENTÍFICA



•

U



C

•

I
U
IMPRESSA DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA
COIMBRA UNIVERSITY PRESS